

# **FINANSINSTITUSJONERS FRARÅDNINGSPLIKT VED KAUSJONSSTILLELSE**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 614  
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17917 ord

24.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	3
1.3	Begreper og parter	3
1.3.1	Finansinstitusjonen	4
1.3.2	Forbrukerkausjonisten	4
1.4	Videre fremstilling	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDER OG METODEGRUNNLAG</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	Rettskilder	8
2.2	Metode	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>FINANSAVTALELOVEN OG VEIEN FREM MOT LOVFESTING AV FRARÅDNINGSPLIKTEN</u></b>	<b><u>11</u></b>
3.1	Historikk og bakgrunn	11
3.2	Lovfesting av reglene om finansavtaler og finansoppdrag	15
3.2.1	Implementeringen av direktiv 2008/48/EF og innarbeiding av kredittkjøpsloven i finansavtaleloven.	16
<b><u>4</u></b>	<b><u>FRARÅDNINGSPLIKTEN VED KREDITTAVTALER</u></b>	<b><u>20</u></b>
4.1	Finansavtaleloven § 47	20
<b><u>5</u></b>	<b><u>FRARÅDNINGSPLIKTEN VED KAUSJONSSTILLELSE</u></b>	<b><u>23</u></b>
5.1	Generelt	23

<b>5.2</b>	<b>Lovfesting av frarådningsplikten i § 60</b>	<b>24</b>
<b>5.3</b>	<b>§ 60 første ledd – underrettelse om at kredittkunden er frarådet</b>	<b>28</b>
5.3.1	Bestemmelsens vilkår og vurderingsgrunnlag	30
5.3.2	Underrettelsesplikten innhold	31
5.3.3	Tidspunkt for underrettelsen	34
<b>5.4</b>	<b>§ 60 andre ledd – frarådningsplikten ved kausjonsavtaler</b>	<b>35</b>
5.4.1	Bestemmelsens innhold, vilkår og vurderingsgrunnlag	37
5.4.1.1	”Økonomisk evne”	38
5.4.1.2	”Andre forhold”	40
5.4.1.3	Terskelen for når frarådningsplikten inntreffer og finansinstitusjonens undersøkelsesplikt	43
5.4.1.4	Kausjonistens opplysninger	46
5.4.1.5	Tidspunkt for vurderingen	47
5.4.1.6	Krav til frarådningen	47
5.4.1.7	Tidspunkt for frarådningen	49
<b>6</b>	<b><u>RETTSVIRKNINGENE SOM FØLGE AV MANGLENDE FRARÅDNING</u></b>	<b>50</b>
<b>6.1</b>	<b>Generelt</b>	<b>50</b>
<b>6.2</b>	<b>Vurderingen</b>	<b>50</b>
<b>6.3</b>	<b>Sanksjonsformer</b>	<b>52</b>
<b>7</b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b>	<b>53</b>
<b>8</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>56</b>
<b>8.1</b>	<b>Bøker</b>	<b>56</b>
<b>8.2</b>	<b>Artikler</b>	<b>56</b>
<b>8.3</b>	<b>Rapporter</b>	<b>57</b>
<b>8.4</b>	<b>Lover</b>	<b>57</b>
<b>8.5</b>	<b>Opphevede lover</b>	<b>58</b>
<b>8.6</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>58</b>

<b>8.7</b>	<b>Direktiver</b>	<b>58</b>
<b>8.8</b>	<b>Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling</b>	<b>59</b>
<b>8.9</b>	<b>Avgjørelser</b>	<b>59</b>
8.9.1	Norsk rettstidene	59
8.9.2	Dommer fra lagmannsretten	59
8.9.3	Uttalelser fra Bankklagenemnda	59
<b>8.10</b>	<b>Nettdokument</b>	<b>60</b>

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Tema og problemstilling

Forbrukere har behov for beskyttelse i kontrakter med profesjonelle næringsdrivende aktører. Avtaler om kreditt og kausjon gjelder i mange tilfeller store beløp sett opp mot de fleste forbrukeres private økonomi. Uheldige utfall kan få store konsekvenser for de berørte og lede til personlige tragedier.<sup>1</sup> Kredittavtaler er ofte omfattende og kan virke kompliserte. De kan inneholde uttrykk og klausuler det kan være vanskelig for ukyndige å forstå. Dette kan illustreres med et eksempel;

*”Lars Holm søker kreditt på NOK 400.000 i sin bank til kjøp av bil. Bilen koster NOK 500.000 og Holm har en egenkapital på NOK 100.000. Holms lønnsinntekt er på NOK 200.000. Holms kjæreste Marte, skal etter avtale med Holm stå som kausjonist for kreditten. Marte er student og jobber deltid i en dagligvareforretning. Hun har en inntekt på NOK 100.000. Kreditten skal etter avtale sikres med pant i bilen og pant i Martes leilighet. Bankens kredittvurdering leder til at Holm får et tilbud om kreditt på det omsøkte beløp. Før kausjonserklæringen skal signeres mottar imidlertid Marte en melding fra banken som gjør henne usikker:*

*”Banken har etter finansavtaleloven § 60 (2) skriftlig frarådningsplikt dersom banken ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.” Kredittens størrelse i forhold til Deres lønnsinntekt innebærer at frarådningsplikten etter bankens vurdering kommer til anvendelse, og vi ber Dem således alvorlig overveie å avstå fra kausjonsstillelsen.”<sup>2</sup>*

I eksempelet oppfordrer kredittgiveren Marte til å overveie å avstå fra å stille kausjon. Bakgrunnen for dette er en vurdering kredittgiveren har foretatt av hennes inntekt og

---

<sup>1</sup> Bergh (2000) s. 323

<sup>2</sup> Konstruert eksempel i forhold til fraråkning ved inngåelse av kausjonsavtale.

formue sett opp mot kreditten størrelse. Etter bankens mening vil Marte kunne få problemer med å betjene kreditten dersom hoveddebitor, Holm, misligholder. En plikt til å fraråde Marte i slike tilfeller følger av lov om finansavtaler og finansoppdrag av 1999 (finansavtaleloven), heretter fin.avtl., § 60 (2). Det er denne bestemmelsen som er kjernen i frarådningsplikten overfor kausjonister, og dette er oppgavens hovedtema. I visse tilfeller vil det derimot ikke være kausjonistens, men hoveddebitors økonomiske evne som er å anse som svak. Kredittgiveren vil da, etter § 60 (1) jf. § 47 (1), ha en plikt til å underrette kausjonisten dersom den på bakgrunn av dette fraråder hoveddebitor å ta opp kreditten. I korte trekk går altså frarådningsplikten ut på at kredittgiveren i visse tilfeller pålegges en plikt til å fraråde kausjonisten fra å stille kausjon, eller underrette ham dersom hoveddebitors betalingsevne anses som dårlig.

Oppgavens tema er etter dette å gi en redegjørelse for og vurdering av frarådningsplikten ved kausjonsstillelse i fin.avtl. § 60. Bestemmelsen har to sider det kan være hensiktmessig å gå nærmere inn på. Den ene knytter seg til kredittgiverens vurdering av hoveddebitor, jf. første ledd. Plikten etter første ledd innebærer kun en informasjonsplikt om at hoveddebitor er eller burde vært frarådet, og innebærer derfor ikke direkte en frarådning til kausjonisten. Underrettelsen skal gi kausjonisten kunnskap om en ekstraordinær risiko ved kausjonen, som vil tilsi at det alvorlig bør overveies om kausjonsansvaret skal pådras. Å gi en slik underrettelse vil være mest praktisk der det er tale om kausjon for eldre gjeld eller i forbindelse med refinansiering. En frarådning overfor hoveddebitor i et slikt tilfelle vil ikke ha noen fornuftig mening. Den andre, er ansett som den egentlige frarådningsplikten overfor kausjonister, og knytter seg til kausjonistens egen økonomiske evne, jf. andre ledd. Plikten etter både første og annet ledd må sees i sammenheng med frarådningsplikten overfor hoveddebitor i fin.avtl. § 47. Det er i praksis ikke uvanlig at frarådning gis til både hoveddebitor og kausjonist dersom begge parter økonomiske evne er svak. For oversiktens skyld vil jeg derfor i punkt 4, si noe om innholdet også i § 47.

At kausjonserklæringen godtas samtidig som kredittgiveren fraråder kausjonisten å stille kausjon, kan forståelig nok lede til usikkerhet og forvirring for kausjonisten. Spørsmål som kan stilles er derfor når plikten inntreffer, hva som er dens innhold, hvilke hensyn som ligger bak, om den overholdes i praksis og hvilke virkninger som inntreffer

dersom frarådning ikke er gitt. Det kan videre spørres om plikten har forbedret kausjonistens stilling og om den kan eller bør effektiviseres ytterligere.

Som følge av Norges EØS medlemskap er vi forpliktet til å implementere en rekke direktiver vedtatt av EUs lovgivende organer. Etter EØS avtalens artikkel 7, er det i stor grad opp til nasjonale myndigheter å bestemme form og midler for gjennomføringen. Det eneste kravet som stilles er at det materielle innholdet i nasjonal rett skal stemme med direktivene. Et eksempel på dette er forbrukerkredittdirektivet 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere og oppheving av direktiv 87/102/EØF, som nylig er implementert i norsk lov. Slike direktiver vil kunne medføre at endringer må foretas i det eksisterende lovverket.<sup>3</sup> Endringer av betydning for frarådningsplikten i kausjonsforhold kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 3.2.1

## 1.2 Avgrensning

Formålet med fremstillingen er å gi en redegjørelse for frarådningsplikten ved kausjonsstillelse etter finansavtaleloven § 60. Bestemmelsen kommer kun til anvendelse på kausjonsavtaler inngått mellom en finansinstitusjon og en forbruker. Fremstillingen avgrenses derfor mot kausjoner avgitt av næringsdrivende.

Etter fin.avtl. § 59 pålegges kredittgiveren å opplyse kausjonisten om en rekke forhold før inngåelse av kausjonsavtalen. Frarådningsplikten i § 60 kommer til anvendelse uavhengig av hvilke opplysninger kausjonisten har krav på etter § 59. Jeg vil av den grunn ikke gå nærmere inn på hva som ligger i opplysningsplikten eller hva kausjonisten skal opplyses om annet, enn der det av hensyn til fremstillingen ellers er naturlig.

## 1.3 Begreper og parter

I loven benyttes hovedsaklig uttrykkene kredittgiver (finansinstitusjon), kausjonist og kredittkunde (hoveddebitor), noe jeg også kommer til å gjøre her. For å markere skillet

---

<sup>3</sup> Sejersted et. al. (2005) s. 186, jf. EØS-avtalen art. 7

mellom kausjonisten og kredittkunden, vil sistnevnte som regel betegnes som hoveddebitor.

Finansavtalelovens formål er å beskytte den antatt svakere part, som i de fleste tilfeller er forbrukere. Av den grunn er en rekke av dens bestemmelser begrenset til avtaler inngått mellom en finansinstitusjon og en eller flere forbrukere. Begrunnet i beskyttelsesbehovet er det videre kun forbrukere som, i medhold av lovens § 4, kan kreve tvister behandlet av Bankklagenemnda. Det vil derfor kunne være av stor materiell betydning hvorvidt kausjonisten er å anse som en forbruker eller næringsdrivende.<sup>4</sup> Jeg vil av den grunn begynne med å si noe om hvem eller hva som faller inn under begrepene finansinstitusjon og forbrukerkausjonist. Jeg går ikke nærmere inn på hvem som kan være hoveddebitor, men det er viktig å understreke at kausjon for næringsgjeld også kan være en forbrukerkausjon og som regel også er det når kausjonisten er en fysisk person. Her vil dog endringer i fin.avtl. § 57 som omtales nedenfor trolig gjøre terskelen for forbrukerkausjon noe høyere.

### 1.3.1 Finansinstitusjonen

Etter fin.avtl § 1 (1) gjelder loven for kausjonsavtaler inngått med en finansinstitusjon som nevnt i § 1 finansinstitusjoner eller lignende institusjoner, som nevnt i § 1 (2). Utrykket finansinstitusjon henviser til lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 1988, heretter finansvl., der en finansinstitusjon i § 1-3 jf. § 1-2 (1) defineres som en institusjon som driver finansieringsvirksomhet. Slik virksomhet vil si å yte, formidle, eller stille garanti for kreditt eller på annen måte yte medvirkning ved finansiering. Et typisk eksempel på en finansinstitusjon er en vanlig bank.

### 1.3.2 Forbrukerkausjonisten

Hvem som etter finansavtalelovens kapittel 4 om kausjon omfattes av forbrukerbegrepet, følger av fin.avtl § 57 (3), jf. § 2 (1) annet punktum. Etter definisjonen her er det tale om en fysisk person som kausjonerer for noen annens gjeld

---

<sup>4</sup> Vinje (2006) s. 299-300



og, etter bokstav a) *kausjonens formål ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet*, eller etter bokstav b) *kausjonen består i pant i formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet*.

Definisjonen nevner uttrykkelig at kausjonisten må være en fysisk person. Enhver juridisk person som stiller kausjon, vil derfor etter loven være å anse som en næringskausjonist. Videre kan det fastslås at en kausjon stilt av en forbruker for å sikre et næringslån, ikke i seg selv medfører at han faller utenfor forbrukerbegrepet. For at det skal være tale om kausjon stilt i næringsøyemed må det være en tilknytning mellom kausjonisten og selskapet. Spørsmålet er hva som ligger i tilknytnings- og hovedsaklighetskriteriet som følger av definisjonen, og om det kan oppstilles en generell norm.

Fin.avtl. § 57 inneholdt tidligere et fjerde ledd som etter implementeringen av direktiv 2008/48/EF, heretter direktivet, er tatt ut av loven. Fjerde ledd skulle regulere spørsmål i forhold til når en deltaker skulle identifiseres med næringsvirksomheten i et selskap med begrenset ansvar, der deltakeren stilte kausjon for selskapets gjeld. Vurderingen måtte sees i sammenheng med bestemmelsens tredje ledd. Bakgrunnen for regelen var at selv om det kausjoneres for selskapets gjeld, vil kausjonisten likevel kunne anses som en forbruker dersom formålet med kausjonen ikke er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet. Regelen fikk kun anvendelse for selskaper med begrenset ansvar. For tilfeller der næringsvirksomhet drives gjennom enkelpersonsforetak eller er et ansvarlig selskap, vil deltakerne ikke kunne stille kausjon for selskapets gjeld ettersom de allerede er personlig ansvarlige for gjelden selskapet har eller skal ta opp. Vurderingen vil i slike tilfeller alltid bero på tilknytningen til selskapet.<sup>5</sup>

I praksis ble det gitt uttrykk for at skillet kunne være vanskelig å trekke etter bestemmelsen i § 57 (4) jf. (3). I Høyesterettsavgjørelsen publisert i Rt. 2006 s. 1 tok Høyesterett stilling til om forbrukerbegrepet i fin.avtl. § 57 (4) jf. (3), omfattet tre personer som kontrollerte 83 prosent av aksjene i selskapet og samtidig sto for selskapets virksomhet. Retten uttalte at loven etter deres mening gikk vel langt om begrepet omfattet en slik kausjonsstillelse. Likevel kom retten under tvil til at kausjonistene etter en tolkning av forarbeidene, måtte anses som forbrukere. I en relativt lik sak publisert i Rg. 2009 s. 1162, hadde fire personer stiftet et selskap som de eide sammen og i tillegg var ansatte i, stilt kausjon for selskapets låneopptak. Lagmannsretten henviste til Høyesterettsavgjørelsen fra 2006, og kom til at kausjonistene også her måtte anses som forbrukere. Det ble også i denne saken gitt uttrykk for at man var i ytterkanten av det forbrukerbegrepet er ment å dekke.

---

<sup>5</sup> Prop.65 L s. 194-195

I forarbeidene til endringene i finansavtaleloven, Prop.65 L, uttaler justisdepartementet at § 57 (4) tolket sammen med forarbeidene, slik retten gjorde i Høyesterettsavgjørelsen fra 2006, medførte at rekkevidden av det ufravikelige forbrukervernet ble strukket for langt og ble mer omfattende enn om vurderingen bare hadde vært foretatt etter tredje ledd. Slik bestemmelsen fremstod var det etter departementets oppfatning ikke bare forbrukere, men også en rekke profesjonelle parter som i strid med lovens hensikt dro godt av vernet. Departementet sa seg derfor enig i Kredittkjøpslovutvalgets forslag om at bestemmelsens fjerde ledd burde oppheves. Dette ble blant annet begrunnet i hensynet til sammenheng i regelverket. En slik endring vil medføre at det legges opp til en konkret vurdering der begrepet kausjonistens næringsvirksomhet må tolkes. At selskapet er organisert som et aksjeselskap kan ikke i seg selv begrunne at deltakerne skal stilles annerledes enn om selskapet hadde vært organisert som selskap med ubegrenset deltakeransvar. Selv om aksjeselskaper er benyttet i eksemplene gjelder endringene også for andre selskaper med begrenset ansvar.<sup>6</sup>

Etter departementets syn må det være en tilknytning mellom aksjeselskapets næringsvirksomhet og kausjonistens næringsvirksomhet. En forutsetning for slik tilknytning er at kausjonisten direkte eller indirekte eier en andel i næringsvirksomheten. En presis grense kan likevel vanskelig angis. På den ene side vil ansettelse alene etter departementets syn ikke være tilstrekkelig. På den andre siden bør selskapet alltid anses som kausjonistens næringsvirksomhet etter fin.avtl. § 57 (3) bokstav a, dersom kausjonisten eier flertallet av aksjene. Problemet oppstår imidlertid der kausjonisten kun eier en mindre aksjepost. Han vil her kunne identifiseres med selskapet, men det vil samtidig måtte bero på omstendighetene før øvrig. Det bør tas med i vurderingen om han ellers har en sentral stilling i selskapet som for eksempel daglig leder, styremedlem, eller annen ledende ansatt.<sup>7</sup>

Foreligger det derimot en kombinasjon av ansettelse og eierskap, må det etter dette kunne antas at kausjonisten vil ha en såpass sterk tilknytning til selskapet, at han faller utenfor forbrukerbegrepet.

---

<sup>6</sup> Prop. 65 L s. 194-196

<sup>7</sup> Prop. 65 L s. 194-198

Videre støttet departementet kredittkjøpslovutvalgets syn, om at dersom kausjonisten eier aksjer i selskapet, og selskapet står for en større del av hans arbeids- og næringsinntekter, vil mye tale for at han bør identifiseres med selskapets næringsvirksomhet. Likevel slik at dette kun vil være ett moment blant flere som bør tillegges betydning.<sup>8</sup>

Det kan etter dette fremdeles ikke sies å være en klar grense for når det er tale om kausjon for kausjonistens næringsvirksomhet. Hvert enkelt tilfelle må bedømmes konkret der en rekke omstendigheter vil kunne tillegges betydning.

Som følge av at fjerde ledd i fin.avtl. § 57 nå er fjernet, er rettsstilstanden endret. Liknende tilfeller som de i avgjørelsene i petitavsnittet på side 6,<sup>9</sup> vil derfor mest sannsynlig vurderes annerledes etter denne lovendringen. Om utfallet ville blitt det samme i dag, er ikke godt å si, men slik bestemmelsen nå fremstår, ville kausjonistene trolig falt utenfor forbrukerbegrepet.

#### 1.4 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg først si noe om hvilke rettskilder som er sentrale på kausjonsrettens område samt hvilken metode jeg har anvendt i denne fremstillingen. Deretter vil jeg redegjøre for situasjonen før finansavtalelovens ikrafttredelse og veien frem mot lovfestingen av frarådningsplikten. I forbindelse med dette vil jeg også si litt om implementeringen av direktiv 2008/48/EF og innarbeidingen av kredittkjøpsloven i finansavtalelovens kapittel 3, samt hvilke endringer dette medførte. I punkt 4 gis det en oversikt over frarådningsplikten ved kredittavtaler, før jeg i punkt 5 tar for meg fremstillingens hoveddel, frarådningsplikten i fin.avtl. § 60. I oppgavens punkt 6 drøfter jeg hvilke rettsvirkninger som kan inntre som følge av manglende frarådning, og i punkt 7 gis det avslutningsvis en konklusjon.

---

<sup>8</sup> Prop.65 L s. 194-198

<sup>9</sup> Det vises her til avgjørelsene publisert i Rt. 2006 s. 1 og Rg. 2009 s. 1162.

## 2 Rettskilder og metodegrunnlag

### 2.1 Rettskilder

Kausjon er en egen form for avtale som faller inn under obligasjonsrettens spesielle del. En rekke av avtalerettens generelle regler om stiftelse, innhold og opphør, vil i stor grad få betydning for kausjoner. Grunnet kausjonsavtalers spesielle karakter, har det derfor vært behov for å utvikle og lovfeste egne regler på området. Tilpassede regler vil være bedre egnet til å regulere forholdet, og ivareta partenes interesser.<sup>10</sup>

De sentrale rettskildefaktorene på kausjonsrettens område er lovgivning og praksis fra domstolene. Før kausjonsretten ble lovfestet dukket det stadig opp spørsmål som hverken var regulert i de få lovbestemmelsene om kausjon som var i lovgivningen, eller viste seg i spørsmålene som ble brakt inn for domstolene. Ved løsningen av kausjonsrettslige spørsmål har det i stor grad berodd på reelle hensyn hva løsningen ble i de enkelte tilfellene.<sup>11</sup>

I tillegg til lovgivningen er finansavtalelovens forarbeider viktige rettskilder. Disse kan gi veiledning i forhold til hvordan bestemmelsene skal forstås og hva som er hensynene bak disse. Av mangel på utførlige forarbeider vil også forarbeidene til frarådningsbestemmelsene i andre lover kunne være av betydning. Et særlig viktig forarbeid finner vi i Banklovkommisjonens utredning til finansavtaleloven i NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag. Utredningen dannet grunnlaget for en lang diskusjon om behovet for frarådningsplikten og spesielt i forhold til kausjonister. Et annet viktig forarbeid er Justisdepartementets behandling i Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag. I departementets behandling ble kommisjonens forslag i stor grad støttet. Dette var også tilfellet i Stortingets behandling, som følger av Innst.O.nr. 84 (1998-1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om

---

<sup>10</sup> Smith (1997) s.17

<sup>11</sup> Smith (1997) s. 17

finansavtaler og finansoppdrag, men med den forskjellen at frarådningsplikten overfor kausjonister fikk støtte av flertallet og derfor ble lovfestet.

Andre forarbeider av betydning vil være;

- NOU 2007:5 Frarådningsplikt i kredittkjøp,
- Ot.prp.nr. 22 (2007-2008) Om lov om endringer i lov om kredittkjøp m.m (frarådningsplikt),
- NOU 2009:11 Kredittavtaler, Gjennomføring i norsk rett av forbrukerkredittdirektivet 2008/48/EF,
- Prop.65 L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere),
- Innst. 211 L (2009-2010) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i finansavtaleloven m.v. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)

Noen av de ovenfor nevnte forarbeider, er forarbeider til endringer i loven som følge av et nytt EU direktiv.

For uten loven og dens forarbeider er det få rettskilder på området. Kun et fåtall saker er behandlet av Høyesterett og lite er skrevet i den juridiske teori om frarådningsplikten generelt, og særlig om frarådningsplikten ved kausjonsstillelse.

Praksis i form av uttalelser fra Bankklagenemnda, også forkortet til BKN, har med tiden blitt utbredt i forhold til bankrettslige spørsmål. Bankklagenemnda er et rådgivende organ som gir veiledende uttalelser, gjennom skriftlig saksbehandling, i konflikter mellom banker og forbrukere. I tråd med det offisielle navnet kan det sies at nemnda fungerer som en klagenemnd for forbrukere i bank- og finanssaker. Avgjørelsene er ikke bindende for partene.<sup>12</sup> I følge Olav Torvund i boken *”Betalingsformidling - I et rettslig perspektiv”*, må bankklagenemndas uttalelser generelt kunne sies å ha begrenset rettskildemessig vekt. Uttalelsene vil kunne tillegges stor betydning i den konkrete sak, men ettersom de ikke er bindende for partene, kan de heller ikke på noen måte være

---

<sup>12</sup> Torvund (1993) s. 54 f.

bindende for fremtidig rettsanvendelse.<sup>13</sup> Et tilsvarende synspunkt følger dessuten av Rt.1984 s. 248 der retten uttaler seg om nemndsavgjørelsers rettskildeverdi.

Bankklagenemnda har fra om med midten av 2010 blitt en del av Finansklagenemnda.

## 2.2 Metode

I denne fremstillingen vil jeg benytte meg av tradisjonell juridisk metode. Ved drøftelse av rettslige spørsmål og problemstillinger tar jeg derfor utgangspunkt i aktuelle lover og forarbeider til disse, tidligere ulovfestet rett, praksis fra domstolene og andre uttalelser fra nemnder og utvalg.

Frarådningsplikten overfor kausjonister er nå lovfestet i lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Lovens fjerde kapittel omhandler kausjoner og frarådningsplikten er lovfestet i § 60. Som jeg kommer tilbake til er forarbeidene til bestemmelsen sparsomme så det vil derfor i stor grad måtte tas utgangspunkt i det som følger av forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i lovens kapittel om kredittavtaler og andre liknende bestemmelser.

---

<sup>13</sup> Torvund (1993) s. 55, se også Hagstrøm "*Obligasjonsrett*" (2003) s. 57-58.

### **3 FINANSAVTALELOVEN OG VEIEN FREM MOT LOVFESTING AV FRARÅDNINGSPLIKTEN**

#### **3.1 Historikk og bakgrunn**

Hovedtrekkene i norsk kausjonsrett har i mange år fulgt av eldre ulovfestede prinsipper og rettspraksis som igjen var påvirket av dansk rett. Dommer fra mellomkrigstiden avspeilet et strengt syn, der kausjonisten satt med risikoen og hadde dårlig beskyttelse.<sup>14</sup> Det forelå tidligere ingen generell opplysnings- eller frarådningsplikt overfor låntakere og kausjonister slik vi kjenner den i dag. Frarådningsplikten overfor kausjonister ble til under stortingsbehandlingen av Banklovkommisjonens, heretter kommisjonens, lovforslag til finansavtaleloven. Ved drøftelsen av behovet for en slik regel kom kommisjonens mindretall med merknader til lovforslaget som var utformet som spesialmotiver til bestemmelsene. Av mangel på utførlige forarbeider vil det derfor være disse merknadene som gir nærmere veiledning i forhold til innholdet i bestemmelsen.<sup>15</sup> Utviklingen av frarådningsplikten overfor kausjonister bygger på den tilsvarende plikten overfor låntakere i fin.avtl § 47 (1). Forarbeider og uttalelser til denne bestemmelsen, må derfor kunne sies å være av betydning også for frarådningsplikten ved kausjonsstillelse, i fin.avtl § 60,.

I lang tid var hovedregelen at kausjonisten var ansvarlig for sine egne forutsetninger. Dette kom tydelig frem i Bly-sølvdommen publisert i Rt. 1925 s. 501. En kausjonist, B, stilte kausjon for et lån gitt til en næringsdrivende, A, som var innehaver av Norsk Forvsøvningsanstalt. Lånet skulle i tillegg sikres i pakker som angivelig inneholdt sølv. Pakkene inneholdt ikke sølv, men bly, noe B aldri fikk kjennskap til. Banken og A var derimot kjent med dette. Høyesterett kom her til at banken ikke hadde noen plikt til å undersøke om kausjonisten kjente til det underliggende bedragerske forholdet om verdien av innholdet i pakkene han kausjonerte for. Risikoen for egne forutsetninger var

---

<sup>14</sup> Hagstrøm (2003) s. 45

<sup>15</sup> Hagstrøm (2003) s. 60, jf. NOU 1994:19 s. 54 ff.

altså noe kausjonisten selv måtte ta i betraktning. Høyesterett uttalte her at det var kausjonisten som hadde utvist størst uaktsomhet ved ikke å forsikre seg om at egne forutsetninger stemte. Lånegiver hadde ingen opplysnings- eller frarådningsplikt i forhold til kausjonisten. Det var heller ikke slik at det fra kausjonistens side var en forutsetning for å avgi kausjonsløftet at pakkene inneholdt sølv. Avgjørelsen ble senere kritisert i juridisk teori som for streng i forhold til private kausjonister.<sup>16</sup>

Denne strenge normen, om at kontraktspartene hadde risikoen for egne forutsetninger, ble noe endret i Høyesterettsavgjørelsen publisert i Rt. 1959 s. 1048. Saken dreide seg om salg av en større landeiendom fra en erfaren forretningsmann til en småbruker og skogsarbeider. Kjøper hadde problemer med å skaffe det avtalte kontantbeløp, både gjennom låneopptak, og ved å benytte seg av de inntektsmuligheter eiendommen selv kunne gi. Retten uttalte at det i alminnelighet gjaldt som en fast og sikker regel at kjøperen selv måtte vurdere egen betalingsevne. Dersom han tok feil, måtte det gå utover han selv. Likevel la retten vekt på at selgeren i denne saken forsto at kjøperen åpenbart ikke kunne oppfylle kontrakten. Han var kjent med dennes økonomiske stilling og de begrensede mulighetene det var for å reise penger på eiendommen.

Lagmannsretten fant, som Høyesterett sa seg enige i, at opprettholdelsen av kjøpeavtalen var i strid med avtaleloven, heretter avtl., § 33. Førstvoterende formulerte uttrykket "*håpløst foretakende*", og trakk frem at det må ha fremstått som åpenbart for selger at kjøperen ikke kunne oppfylle kontrakten.<sup>17</sup> At kjøperen i dette tilfellet var den som fikk medhold kan tolkes dit hen at selgeren, i et tilfelle der denne var mer erfaren og hadde bedre kunnskap om forholdet, burde frarådet kjøperen fra å inngå avtalen. Selger burde ha opplyst kjøperen om forhold han kjente til. Selv om saken ikke dreier seg om låneopptak eller kausjon, er den av betydning fordi den ga uttrykk for når frarådning ved kontraktsinngåelse burde vært gitt.

Dommen fra 1959 og uttrykket "*håpløst foretakende*" må også kunne sees på som en forløper til lempningsbestemmelsen i avtalelovens § 36. Saken dreide seg uansett om inngåelse av en urimelig avtale som neppe kunne vært fastholdt selv om en frarådning hadde vært gitt i forkant.

---

<sup>16</sup> Smith (1997) s. 49

<sup>17</sup> Rt. 1959 s. 1048



I mangel av en generell frarådningsplikt er det likevel hevdet at uttrykket *"håpløst foretagende"* etter dette ble ansett for å ha utviklet seg til å være standarden for en alminnelig frarådningslære ved låne- og kausjonsavtaler. Standarden fikk betydning der en profesjonell part forsto eller burde forstått at den annen part ville kunne få problemer med å oppfylle avtalen. Terskelen var imidlertid høy og det skulle mye til for å fravike den faste og sikre hovedregelen om at låntakere og kausjonister selv må bære risikoen for egen gjeld og betalingsevne. Et slikt synspunkt støttes blant annet av Bankklagenemnda, som i uttalelsen i BKN-03140 trekker frem at det, inntil finansavtalelovens ikrafttredelse 1. juli 2000, var den ovenfor nevnte standarden fra 1959 som dannet utgangspunktet for vurderingen. Loven medførte en endring i rettstilstanden ved å pålegge finansinstitusjonene større forpliktelser i forhold til sine kunder.<sup>18</sup>

At uttrykket *"håpløst foretagende"* i seg selv dannet utgangspunktet for vurderingen og var den standarden som skulle legges til grunn, er likevel ikke helt riktig. Dette følger blant annet av en uttalelse av Høyesterett så sent som i 2003.<sup>19</sup> Avgjørelsen gjelder låneopptak og er en av få saker om frarådningsplikten behandlet av Høyesterett. Selv om saken kom opp etter finansavtalelovens ikrafttredelse, måtte den vurderes på bakgrunn av de rettsregler som forelå da avtalen ble inngått. På den tiden ble slike avtaler regulert av ulovfestede prinsipper supplert av reglene i avtaleloven. Retten viste til avgjørelsen fra 1959 og uttalte at formuleringene om at det måtte dreie seg om et *"håpløst foretagende"*, ikke uten videre satte en standard for når det kunne gjøres unntak. Det som derimot måtte være klart, var at det kun i *"heilt særskilde situasjoner"* vil kunne være tale om å fravike, den ovenfor nevnte, hovedregelen om at partene var ansvarlige for egne forutsetninger og risiko. I saken fra 2003 hadde lånetagerne oversikt over egen økonomi og måtte kjenne til at denne var svak da de tok opp lånet. Banken hadde derfor ingen plikt til å fraråde låneopptaket. Førstvoterende uttalte at det i årene fra 1959 hadde vært en rettsutvikling der forbrukerinteressene skulle vernes og lojalitet i kontraktsforhold sto i fokus, og at det må kunne sies at *"ein långivar si*

---

<sup>18</sup> BKN- 03140. Se også BKN-93109, BKN-9631, BKN-9663, BKN-9936, BKN-04112 der standarden *"håpløst foretagende"* ble lagt til grunn.

<sup>19</sup> Rt. 2003 s. 1252

*frarådningsplikt var derfor meir omfattende i 1994 enn i 1959.*<sup>20</sup> At ”*håpløst foretagende*” var vurderingskriteriet i forhold til forbrukere også i 1994 stemmer derfor ikke. Tatt utviklingen av lojalitetstankegangen i betraktning må det, som førstvoterende uttalte i saken fra 2003, tas utgangspunkt i hva som er å anse som særegne tilfeller der det fremstår som naturlig at frarådning skulle vært gitt. Retten fastslo at det ikke forelå en generell regel basert på den ovenfor nevnte standarden, og brøt dermed med det som i lang tid var oppfatningen.

Professor Carsten Smith begynte på 1960- tallet en grundig behandling av kausjonsretten i Norge. Sentralt i Smiths behandling var tanken om lojalitet i kontraktsforhold og han understreket allerede da behovet for en lovregulering av avtaleforholdet mellom en bank og dennes kunder.<sup>21</sup> Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.

Det skjerpede kravet til lojalitet i kontraktsforhold, og særlig i forhold til kausjoner, ble trukket frem i høyesterettsavgjørelsen i Rt. 1984 s. 28 ”Tromsø sparebank”. I avgjørelsen ble det strenge synspunktet i Bly-sølvdommen fra 1925 endret. Endringene medførte et vendepunkt i kausjonistens favør. Saken dreide seg om en selvskyldnerkausjonserklæring avgitt under manglende kunnskap om faktiske forhold. Høyesterett uttalte at banken burde forstått at kausjonisten aldri hadde avgitt en kausjonserklæring dersom han hadde kjent til firmaets dårlige og faktiske økonomi. Førstvoterende trakk frem at erklæringen etter hans oppfatning var ugyldig etter avtl. § 33, og at den i alle tilfeller ville rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold. Det ble videre vurdert hvilke krav som burde stilles til finansinstitusjonens opplysningsplikt og kausjonistens egen undersøkelsesplikt. Dommen er senere omtalt som en milepæl ved at den foreldet sikre læresetninger om opplysningsplikt.<sup>22</sup>

Opplysnings- og frarådningsplikt ved låne- og kausjonsavtaler fikk etter dette større betydning, og kravene til finansinstitusjonenes opptreden og lojalitet i kontraktsforhold

---

<sup>20</sup> Rt. 2003 s. 1252 (avsnitt 28-30)

<sup>21</sup> Bergh (2000) s. 323

<sup>22</sup> Hagstrøm (2003) s. 45

ble skjerpet. I dag følger dette nå av egne bestemmelser i lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) som omtales nærmere i neste punkt.

### 3.2 Lovfesting av reglene om finansavtaler og finansoppdrag

Forholdet mellom en finansinstitusjon og dennes kunder ble lovfestet i lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46 (finansavtaleloven). Loven trådte i kraft 1. juli 2000. Lovens virkeområde følger av § 1 og gjelder avtaler om finansielle tjenester med finansinstitusjoner eller lignende institusjoner. Av betydning for denne fremstillingen er kapittel 3 om kredittavtaler og særlig kapittel 4 om kausjon. Loven er en av flere kontraktsrettslige forbrukervernlover i norsk lovgivning og innebærer langt på vei en kodifikasjon av den tidligere ulovfestede retten.<sup>23</sup>

Behovet for lovgivning på kausjonsrettens område ble som nevnt ovenfor tidlig fremhevet av professor Carsten Smith, blant annet i forstudiet til banklovkommisjonens mandat, *"Om behovet for en banklovkomisjon"*, fra 1989. Her drøftet Smith hvilket rettsvern finansinstitusjoners kunder hadde. Han pekte på at det i utgangspunktet var avtalefrihet ved inngåelse av slike avtaler. En bakside med dette var at avtalenes vilkår i stor grad ble fastsatt i ensidige standardformularer utarbeidet av finansinstitusjonene. Resultatet ble derfor at avtalene mer eller mindre ble inngått kun på institusjonenes premisser. For kundene medførte dette en uoversiktlig og lite forutsigbar situasjon, og særlig der disse var forbrukere. Etter Smiths mening var det derfor behov for en forenklet og oversiktlig rettstilstand på området for banktjenester og *"prinsippet om rimelige kontraktsvilkår i avtl. § 36 burde fastlegges mer presist for ulike tjenestetyper."*<sup>24</sup>

Etter initiativ fra Justisdepartementet, heretter departementet, ble Banklovkommisjonen opprettet ved kongelig resolusjon 6. april 1990. Kommisjonens oppgave var å utarbeide forslaget til en lov som skulle regulere forholdet mellom partene ved inngåelsen av finansielle avtaler. Dette forslaget dannet grunnlaget for loven slik den fremstår i dag.

---

<sup>23</sup> Innst.O.Nr.84 (1998-1999) s. 19

<sup>24</sup> Smith (1989) *"Behovet for en banklovkomisjon"* s. 7-8

Lovens hovedformål er etter dette å sørge for at finansinstitusjonenes kunder får tilstrekkelig informasjon og beskyttes mot urimelige avtalevilkår i avtaler utarbeidet av institusjonen. Da loven ble innført var den en nyskapning i internasjonal sammenheng. Forholdet mellom finansinstitusjoner og deres kunder var bare til en viss grad regulert i andre lands lovgivning. Norge var på denne tiden alene om en samlet regulering av alle sentrale kontraktstyper.<sup>25</sup>

Egne bestemmelser om frarådningsplikt og lemping av ansvaret der plikten ikke er overholdt følger nå av fin.avtl. §§ 47 og 60. Som nevnt i punkt 1.2 er frarådningsplikten i § 60, og i § 47, blant de bestemmelsene i loven som kun gjelder ved avtaler inngått der kausjonist eller kredittkunde (låntaker) er forbrukere. Dette følger av bestemmelsene selv, som avgrenser eget virkeområde.

Ettersom bestemmelsen kun gjelder der kausjonisten er en forbruker kan det spørres om det i det hele tatt foreligger en frarådningsplikt der kausjonisten er næringsdrivende. I følge advokat Harald Sætermo, i artikkelen ”Finansavtalelovens regler om kausjon”, vil vurderingskriteriet i forhold til næringskausjonister være den tidligere standarden som følger av den ovenfor nevnte avgjørelsen i Rt. 1959 s. 1048, og avtl. § 33. Etter dette inntretr plikten der kredittgiveren forstår eller burde forstå at det kausjoneres for et ”håpløst foretakende” uten å opplyse den annen part om dette.<sup>26</sup>

### 3.2.1 Implementeringen av direktiv 2008/48/EF og innarbeiding av kredittkjøpsloven i finansavtaleloven.

7. mai 2010 ble endringslov, lov nr. 15, om endringer i finansavtaleloven og gjennomføring av direktiv 2008/48/EF, ovenfor kalt direktivet, sanksjonert i statsråd. Direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv som, i følge forarbeidene NOU 2009:11 på side 14, innebærer “*at den nasjonale lovgivning ikke kan innføre eller videreføre bestemmelser som fraviker direktivets løsning av de rettsspørsmål direktivet regulerer, med mindre direktivet selv tillater det. For de spørsmål direktivet regulerer vil statene*

---

<sup>25</sup> Bergh (2000) s. 323-324

<sup>26</sup> Sætermo (2005) s. 48

*altså som hovedregel være avskåret fra å innføre eller beholde lovregler som gir forbrukerne bedre eller dårligere rettsbeskyttelse enn direktivet gir anvisning på.*”<sup>27</sup>

Ved at direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv vil det etter Kredittkjøpslovutvalgets mening være hensiktsmessig å innarbeide kredittkjøpsloven i finansavtaleloven. Implementeringen av direktivet medfører uansett at en rekke av bestemmelsene både i kredittkjøpsloven og finansavtaleloven må endres. Avtaler om kredittkjøp som tidligere var regulert av kredittkjøpsloven skal fra og med endringens ikrafttredelse reguleres av finansavtalelovens kapittel 3. Bakgrunnen er kort sagt en forenkling og effektivisering av arbeidet med å endre kredittkjøpsloven, som følge av direktivet, og samtidig tilpasse finansavtaleloven til de endringer dette ville ha medført. Kredittkjøpsloven var moden for en totalrevisjon og det var av den grunn aktuelt med en helt ny lov på området. Justis- og politidepartementet ga tidlig uttrykk for at kredittkjøpslovens regler, ved en fremtidig revisjon, måtte vurderes i lys av finansavtaleloven, men avventet arbeidet i påvente av det nye forbrukerkredittdirektivet. I et brev fra Finansnæringens Hovedorganisasjon av 8. Mars 2004 ble det påpekt at det er tungvint å skulle følge ulike etablerings- og driftsrutiner for lån som de to lovene regulerte og at dette vil medføre administrativt merarbeid for finansinstitusjonene. Departementet sa seg enige i dette og pekte på at en harmonisering av reglene i de to lovene også ville få positiv virkning på forholdet mellom kontraktspartene. Selv om særtrekk ved de ulike finansinstitusjonene tilsa forskjellige regler, burde reglene være de samme uavhengig av ytelsens karakter. En opprettholdelse av begge lovene side om side vil legge opp til en unødvendig dobbeltbehandling av likeartede spørsmål.<sup>28</sup> Det var med andre ord ønskelig å skape et oversiktlig og enkelt regelverk. Utvalget konkluderte også på sin side med at dette ville være den beste løsningen.

Et slikt synspunkt og behov ble som nevnt ovenfor tidlig påpekt av professor Carsten Smith.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> NOU 2009:11 s. 14

<sup>28</sup> NOU 2009:11 s. 9-10, se også Prop 65 L (2009-2010) s. 9-16

<sup>29</sup> jf. punkt 3.2

Loven er dermed endret og endringene trådte i kraft 11. juni 2010. Endringene vil gjelde for både nye og eldre avtaler der dette er mulig, med mindre annet uttrykkelig er sagt. Av praktiske grunner vil likevel en rekke av lovens bestemmelser, deriblant frarådningsplikten i §§ 47 og 60, kun få betydning for avtaler inngått etter den nye lovens ikrafttredelse. Etter departementets mening var det derfor ikke nødvendig med egne overgangsbestemmelser for slike regler.<sup>30</sup> Øvrige overgangsbestemmelser følger av lovens § 93. Det må i denne forbindelse nevnes at tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn da finansavtaleloven ble satt i kraft i 1999. Dette følger blant annet av Bankklagenemndas uttalelse i BKN-09135. Ettersom loven er fravikelig for næringsdrivende, jf. fin.avtl. § 2, er endringene hovedsaklig kun relevante i forhold til forbrukerkunder.

Den største endringen er i lovens kapittel 3, som tidligere regulerte låneavtaler. Etter innarbeidingen av direktivet gjelder kapittelet nå også for kredittkjøpsavtaler som tidligere var regulert av kredittkjøpsloven. Dette følger av kapittelets nye overskrift, kredittavtaler m.v., og dets nye virkeområde som defineres i § 44. Etter sammenslåingen oppstilles det en felles frarådningsplikt for kredittavtaler i fin.avtl. § 47.

For frarådningsplikten ved kausjonsstillelse, er endringene hovedsakelig justeringer i formkravene. I tillegg til kravet om at underrettelsen skal være skriftlig, skal den nå så vidt mulig også gis muntlig. Videre skal låntaker på visse vilkår bekrefte at han er kjent med frarådningsplikten. Endringene i § 60 (2) er en konsekvensendring av tilsvarende endring i frarådningsplikten i § 47 (kredittavtaler).<sup>31</sup> Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i frarådningsplikten i punkt 5.

Det har tidligere ikke vært oppstilt noen egne bestemmelser som pålegger finansinstitusjonen å foreta en kredittvurdering av sine kunder, deriblant kausjonister. Selv om det følger av frarådningsplikten i fin.avtl. § 60 (2) at kredittgiveren skal fraråde låneopptak på bakgrunn av kausjonistens økonomi, foreligger det ingen formalisert plikt til å foreta en grundig vurdering. Kredittvurderinger har til nå kun vært foretatt i kredittgivers egen interesse. Kausjonister med svak økonomi godtas normalt ikke, med unntak av der kausjonisten kan tilby god sikkerhet i form av pant.

Som følge av krav i direktivets artikkel 8, er det nå innført en plikt for kredittgiver til å foreta en kredittvurdering av kredittkunden før avtale om kreditt inngås. Vurderingen skal baseres på

---

<sup>30</sup> Prop 65 L (2009-2010) s. 206-207

<sup>31</sup> Prop 65 L (2009-2010) s. 219 og 226

*”fyldestgjørende opplysninger”* og, om nødvendig, skal det også innhentes opplysninger fra relevant database. Etter Kredittkjøpslovutvalgets mening må *”fyldestgjørende opplysninger”* innholdsmessig bero på kredittens størrelse og må sees i sammenheng med hensikten bak vurderingen. Kredittgiveren skal innhente de opplysningene som kan være aktuelle i forhold til en konkret vurderingen av kundens økonomiske evne.<sup>32</sup> I forarbeidene ble det påpekt at en plikt til å vurdere kredittkundens økonomi i utgangspunktet kunne sies å følge av alminnelige krav til god bankskikk. Likevel vil en henvisning til et slikt prinsipp, ikke kunne anses som en gjennomføring av direktivets artikkel 8 i norsk rett. Etter utvalgets syn måtte det derfor innføres en egen bestemmelse som direkte pålegger kredittgiveren en slik plikt. Dette følger nå av fin. avtl. § 46b i kapittel 3 om kredittavtaler m.v..<sup>33</sup>

Direktivet oppstiller kun krav i forhold til kredittkjøp. Dette er sannsynligvis bakgrunnen for at det ikke ble innført en egen plikt om kredittvurdering i lovens kapittel om kausjon. Som utvalgets mindretall uttalte, vil dette etter gjeldende rett anses å følge av kravet til god bankskikk, og må uansett antas å være i kredittgiveres egen interesse å foreta.<sup>34</sup> For nærmere drøftelse om institusjonens vurdering i forhold til frarådningsplikten etter § 60, henvises det til punkt 5.4.

En siste endring som vil kunne ha betydning for frarådningsplikten er de, i punkt 1.3.2, allerede nevnte endringene i lovens § 57 om hvem som skal anses som en forbruker ved kausjon for selskapsforpliktelser.

---

<sup>32</sup> NOU 2009:11 s. 58

<sup>33</sup> NOU 2009:11 s. 58-59

<sup>34</sup> NOU 2009:11 s. 58

## 4 FRARÅDNINGSPLIKTEN VED KREDITTAVTALER

### 4.1 Finansavtaleloven § 47

Ved utarbeidelsen av lovforslaget ble lovfesting av vernebestemmelser i forhold til låntaker og kausjonist vurdert hver for seg. Vurderingene bygger på mange av de samme hensyn, men er likevel noe forskjellige. Opplysnings- og frarådningsplikt ble i første omgang vurdert overfor kredittkunden. Det kan derfor være hensiktsmessig å si noe om grunnlaget for bestemmelsen i § 47. Som det vil fremgå av drøftelsen om § 60 (1) i punkt 5.3, må bestemmelsene sees i sammenheng.

Det følger av finansavtalelovens forarbeider i NOU 1994:19 på side 53, at det var det ønskelig å utarbeide regler som kunne bidra til at låntakere avstår fra låneopptaket ”*når det allerede på tidspunktet for avtalens inngåelse foreligger en markert risiko for senere mislighold ved sviktende økonomi.*” Blant de forskjellige regeltyper som da ble vurdert, var bestemmelser om rådgivning, kredittprøving og frarådningsplikt.<sup>35</sup>

I utgangspunktet var det enighet i Banklovkommisjonen med tanke på behovet for slike regler. Derimot var meningene delte i forhold til innhold, og hvilke konkrete plikter finansinstitusjonene skulle pålegges. Flertallet i kommisjonen stemte imot å pålegge finansinstitusjoner en frarådningsplikt. Etter deres mening var slike bestemmelser unødvendige. Flertallet uttalte i denne sammenheng at det hverken kan være praktisk eller i samsvar med god bankskikk å yte lån til kunder som mest sannsynlig ikke vil kunne klare å betjene lånet. Utbetalinger av lån i slike tilfeller vil være i strid med hensynene bak den kredittvurdering finansinstitusjoner foretar, og vil uansett ikke være i tråd med alminnelige prinsipper om redelighet og god tro i avtaleforhold.<sup>36</sup> Etter flertallets mening ville det ha større hensikt å lovfeste kredittprøving.<sup>37</sup> På denne måten

---

<sup>35</sup> NOU 1994:19 s. 53

<sup>36</sup> Hveem (2005) s. 104

<sup>37</sup> En slik plikt er nå lovfestet, jf. punkt 3.2.1



ville kredittgiveren pålegges å innhente informasjon om kredittkundens økonomi og personlige forhold før lånet kan ytes. Ut i fra kredittprøvingen kan kredittgiveren dermed danne seg et bilde av kundens betalingsevne. I praksis vil dette innebære at kunden selv vil motta opplysninger om låneforholdet, i samsvar med det som ellers følger av avtaleloven og ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold, at kredittgiveren skal gi. Det er her tale om viktig informasjon som det vil kunne anses som uredelig å holde tilbake.<sup>38</sup> Dette vil typisk være forhold som også kan bli vurdert etter redelighetskravet i avtl. § 33.

Kommisjonens mindretall, som bestod av medlemmer fra Forbrukerombudet og Forbrukerrådet, fremhevet at forslaget om en frarådningsplikt overfor kredittkunder måtte sees i sammenheng med partenes innsikt på området, og hva det vil være naturlig å kreve at det opplyses om. Kredittgiveren vil gjennom en alminnelig kredittsjekk<sup>39</sup> enkelt kunne konstatere om låneopptaket er uforsvarlig. Der kredittgiveren anser dette for å være tilfellet bør denne i tillegg pålegges en plikt til å melde fra til kunden. Mindretallet viste i denne sammenheng til avgjørelsen fra 1959 der Høyesterett satte avtalen til side som ugyldig i medhold av avtaleloven § 33, og viste til at det dreide seg om et åpenbart håpløst foretakende og tilbakeholdelse av viktige opplysninger overfor kjøperen.<sup>40</sup>

En frarådningsplikt vil etter mindretallets mening pålegge kredittgiveren å opplyse kredittkunden om forhold den anser å være av betydning for kundens evne til å betale lånet. I praksis vil dette kunne medføre at kredittkunden får bedre mulighet til å sette seg inn i og faktisk vurdere hva kredittavtalen innebærer. Forslaget til lovbestemmelsene om frarådning var etter deres mening i hovedsak å anse som en kodifisering av ulovfestede prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold, og det som i dag følger av avtl. §§ 30, 33 og 36. I avtaler om finansielle tjenester og finansoppdrag er finansinstitusjonen den profesjonelle, og erfarne part, og det må kunne forutsettes at den

---

<sup>38</sup> NOU 1994:19 s. 54

<sup>39</sup> Med alminnelig kredittsjekk mener jeg en vurdering av kundens økonomiske evne. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 5.4.1.1 (økonomisk evne) 5.4.1.2 (andre forhold) og 5.4.1.3 (god bankskikk)

<sup>40</sup> NOU 1994:19 s. 54

har kunnskap og erfaring på området. Dette gjelder særlig i forhold til beregningen av risikoen for at mislighold vil inntre. Slik kunnskap vil kunne være av stor betydning for låntakers egen vurdering av om lånet bør tas opp.<sup>41</sup>

Under stortingsbehandlingen fikk forslaget fra kommisjonens mindretall støtte av Stortingets flertall. Flertallet ga uttrykk for enighet i behovet for lovfesting av en særskilt frarådningsplikt overfor kredittkunder. Det var spesielt bestemmelsens formål, og et ønske om å forhindre at forbrukere foretar uheldige låneopptak, som ble fremhevet.<sup>42</sup>

Sett opp mot pliktens formål pekte mindretallets på at en frarådningsplikt også vil kunne ha to viktige sidevirkninger. For det første vil en slik plikt kunne bidra til at finansinstitusjoner unngår å yte lån til forbrukere som ikke har en realistisk oppfatning av egen økonomisk evne. For det andre vil regelen kunne medføre rettferdighet mellom kreditorene dersom lånet misligholdes. Ved å innføre en lempningsregel vil man som kommisjonens mindretall uttalte, kunne unngå at *”en bank som gir et usikret lån i mai og som på dette tidspunkt må vurderes som fullt forsvarlig, likestilles med en annen finansinstitusjon som gir et lån i november samme år og som kunden ikke har økonomi til å bære, fordi den totale mengde av kreditter blir for stor.”*<sup>43</sup>

Frarådningsplikten i fin.avtl. § 47 finner vi som nevnt i lovens tredje kapittel om kredittavtaler mv. Plikten er innholdsmessig nært sagt identisk med plikten etter § 60 (2).<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> NOU 1994:19 s. 54

<sup>42</sup> Innst.O.Nr. 84 (1998-1999) s. 21-22

<sup>43</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>44</sup> Se punkt 5.4

## 5 FRARÅDNINGSPLIKTEIEN VED KAUSJONSSTILLELSE

### 5.1 Generelt

Bestemmelsen om frarådning/underrettelse i fin. avtl. § 60 (1) overfor kausjonister er en refleks av den tilsvarende plikten i låneforholdet etter fin. avtl. § 47. Plikten er i tråd med et forslag fra Banklovkommissjonens mindretall. Da den ble innført brøt den med tidligere prinsipper ved at terskelen for når frarådning skal gis, nå må anses å være noe lavere enn standarden som ble lagt til grunn før loven.<sup>45</sup> Frarådningsplikten overfor kausjonisten i § 60 (2) er bygget på samme tankegang som § 47, men da den ble foreslått fikk den kun tilslutning fra to av medlemmene i kommissjonens mindretall. Høringsinstansenes synspunkter var delte og forslaget fikk heller ikke støtte av justisdepartementet. Forslaget fikk imidlertid tilslutning fra flertallet under stortingsbehandlingen og ble derfor tatt inn i loven.<sup>46</sup>

Forarbeidene til bestemmelsen i § 60 er sparsomme, og det må derfor antas at forarbeidene til frarådningsplikten overfor låntakere i fin. avtl. § 47 og den tilsvarende plikten i den tidligere kredittkjøpsloven, heretter krkjl., § 9a, vil kunne gi veiledning i forhold til innholdet og vurderingsgrunnlaget i § 60. Bestemmelsen om frarådning som fulgte av kredittkjøpsloven er relativt ny, og av dens forarbeider følger det at departementet så det som ønskelig at plikten ble utformet etter det samme mønster som fin.avtl. § 47. En forskjell som imidlertid kan nevnes er at forarbeidene til krkjl. § 9a kunne baseres på praksis knyttet til fin.avtl. § 47, og vil av den grunn kunne være noe mer oppdaterte og utfyllende.<sup>47</sup>

Uavhengig av om frarådning er gitt etter fin.avtl. § 60 (1) eller (2) er det opp til kausjonisten å vurdere om han likevel vil stå ved kausjonen. Underrettelsen etter første ledd og frarådningsplikten etter andre ledd er ikke til hinder for dette. Plikten etter § 60 skal bidra til at kausjonisten overveier hva kausjonsstillelsen innebærer for deretter å unngå å kausjonere for en kreditt han vil kunne få problemer med å betjene. I praksis er det

---

<sup>45</sup> Hagstrøm (2003) s. 60

<sup>46</sup> Innst.O.nr. 84. (1998-1999) s. 16-22, jf. Ot.prp.Nr. 41 (1998-1999) s. 57-58

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 22 (2007-2008) s. 60.

likevel ikke uvanlig at kausjonisten velger å kausjonere for kreditten til tross for at kredittgiverens frarådning.<sup>48</sup> I slike tilfeller følger det av forarbeidene at avtalerettslige ugyldighetsregler og lempningsregelen i avtl. § 36 vil kunne få anvendelse. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i neste punkt.<sup>49</sup>

## 5.2 Lovfesting av frarådningsplikten i § 60

I Banklovkommisjonen var det enighet om at kausjonistens stilling burde styrkes, men hvordan dette skulle gjøres hadde flertallet og mindretallet et noe forskjellig syn på. Som det følger av punkt 5.1 var det kun et mindretall i kommisjonen som gikk inn for en egen bestemmelse om frarådningsplikt i lovens kapittel om kausjon. Flertallet mente at det for kausjonister ikke var behov dette. Tilfeller der frarådning var naturlig ville etter deres mening i tilstrekkelig grad omfattes av de generelle ugyldighetsbestemmelsene i avtaleloven og det som ellers følger av de ulovfestede regler om lojalitet. Flertallet pekte videre på at en plikt til å fraråde kausjonisten på bakgrunn av låntakers økonomi i tilstrekkelig grad ville fanges opp av opplysningsplikten finansinstitusjonen pålegges etter fin.avtl. § 59 (1) bokstav h. Det er her tale om forhold kausjonisten i samsvar med redelighet og god tro har krav på å opplyses om. Justisdepartementet sa seg enige i dette, men anså det likevel som fordelaktig å lovfeste en egen frarådningsbestemmelse i forhold til kausjonister.<sup>50</sup>

Det er i forarbeidene hevdet at plikten om frarådning langt på vei er en kodifisering av det som i dag følger av blant annet avtl. § 36, men at bestemmelsen fremdeles vil kunne få anvendelse der avtalen viser seg å være urimelig.<sup>51</sup> Det kan derfor spørres om ikke avtl. § 36 er egnet til å gi kausjonister tilstrekkelig beskyttelse i forhold til kausjonsavtaler, og om det derfor var nødvendig å lovfeste frarådningsplikten. Da § 36 ble tatt inn i avtaleloven fikk man en generalklausul som skal kunne benyttes der en avtale etter inngåelsen viser seg å få et urimelig utfall. Kausjoner avgitt av private vil i utgangspunktet typisk kunne falle inn under bestemmelsens virkeområde. Ved slike

---

<sup>48</sup> Se for eksempel BKN-07137, BKN-0973, BKN-094.

<sup>49</sup> NOU 2009:11 s. 63, og eksempelvis BKN-0466

<sup>50</sup> NOU 1994:19 s. 54-56, Innst.O.Nr 84. (1998-1999) s. 21

<sup>51</sup> jf. punkt 4.1 og NOU 1994:19. s. 54

avtaler avgis ofte tilsagn uten overveielse av den faktiske risikoen. Dersom den materialiserer seg kan den få store konsekvenser for kausjonistens økonomi. Selv om avtl. § 36 er en åpen bestemmelse slik at den i utgangspunktet kan brukes til å avbøte klare urimeligheter av et kausjonsansvar, bør bruken begrenses. Om avtl. § 36 anføres hver gang et kausjonsansvar anses urimelig, vil bestemmelsen kunne bidra til å skape en usikkerhet ved private kausjoner ved at forutberegneligheten i avtaleforholdet svekkes. Bruk av avtaleloven § 36 bør av den grunn brukes med forsiktighet i forhold til kausjonsavtaler og kun begrenses til ekstraordinære tilfeller. Dette vil typisk være der andre bestemmelser ikke er dekkende, men man likevel finner at ansvaret bør lempes.<sup>52</sup> Som professor Viggo Hagstrøm uttaler i artikkelen *”Kausjonsretten i forandring”*, er det *”hverken ønskelig eller mulig å la avtaleloven § 36 bli den sentrale bestemmelse på kausjonsrettens område.”*<sup>53</sup>

At avtl. § 36 bør brukes med forsiktighet på kausjonsrettslige spørsmål og kun dersom andre bestemmelser ikke er dekkende kom til uttrykk i Høyesterettsavgjørelsen publisert i Rt. 1995 s. 1540. Avgjørelsen gir et godt eksempel på når en frarådning burde vært gitt dersom kredittgiveren hadde vært pålagt en slik plikt. Saken gjaldt spørsmål om tilsidesettelse av en kausjonserklæring avgitt av en sinnslidende person. Kausjonen, som var sikret med pant i kausjonistens bolig, skulle sikre sønnens og samboerens lån til kjøp av egen bolig. Saksøkeren gjorde gjeldende at pantstillelsen til boliglånet var ugyldig grunnet egen sinnslidelse, og påberopte samtidig subsidiært at kausjonsavtalen måtte tilsidesettes etter avtl. § 36. Rettens flertall kom etter en helhetsvurdering til at kausjonisten måtte gis medhold i sin subsidiære anførsel.

Selv om det var relativt klart at kausjonisten var alvorlig sinnslidende, tok ikke retten stilling til om sinnslidelsen i seg selv medførte at kausjonsavtalen kunne tilsidesettes. Som førstvoterende uttalte på side 1546 *”Når en avtale helt eller delvis skal settes til side etter avtaleloven § 36 som urimelig eller i strid med god forretningsskikk, vil utgangspunktet være avtalens innhold og konsekvensene av at avtalen gjøres gjeldende. Ved vurderingen kan det også tas hensyn til omstendighetene omkring inngåelsen av avtalen som eksempelvis mindre alvorlige mangler ved tilblivelsen enn de avtaleloven § 33 tar sikte på å fange opp... Det skal foretas en samlet vurdering... Også en alvorlig sinnslidelse kan da være et moment i vurderingen av om en avtale er urimelig eller i strid med god forretningsskikk i de tilfeller det kan være tvil om sinnslidelsen har påvirket disposisjonen.”*<sup>54</sup> Sinnslidelsen ble i saken tillagt vekt som et av flere

---

<sup>52</sup> Hagstrøm (2003) s.49

<sup>53</sup> Hagstrøm (2003) *”Kausjonsretten i forandring”* s. 49

<sup>54</sup> Rt. 1995 s. 1540 på s.1546

forhold av betydning. Etter rettens mening var blant annet bankens saksbehandling å anse som uforsvarlig. Banken burde undersøkt både hoveddebitors og kausjonistens økonomiske evne, og opplyst kausjonisten om hvilke risiko sikkerhetsstillelsen innebar. Lånebeløpet oversteg kjøpesummen og fremsto etter flertallets mening heller ikke som et ordinært låneopptak. Videre ble det trukket frem at banken enkelt kunne innhentet informasjon både om hoveddebitorenes og kausjonistens økonomi. Hadde dette vært gjort kunne og burde banken ha gjort kausjonisten kjent med risikoen for mislighold fra hoveddebitor. Etter flertallets mening trakk disse momentene samlet i retning av at banken måtte bære risikoen for manglende betalingsevne hos både hoveddebitor og kausjonisten. Avslutningsvis ble det også tatt i betraktning hvilken betydning panteobjektet hadde for kausjonisten. Grunnet hennes sinnslidelse var leiligheten ett av få steder hun følte seg trygg, og derfor av stor betydning for henne. Dette burde banken undersøkt og tatt i betraktning da den vurderte kausjonserklæringen. Etter flertallets mening var det med andre ord ikke kausjonsavtalens innhold i seg selv som medførte at avtalen var urimelig, men måten den ble til på.

Rettens mindretall som besto av én dommer henviste til en tidligere Høyesterettsavgjørelse publisert i Rt. 1990 s. 284<sup>55</sup> der retten ga uttrykk for at avtl. § 36 må brukes med varsomhet. Etter den dissenterende dommers mening var man utenfor en varsom bruk dersom man i et tilfelle som det foreliggende tilsidesatte kausjonsavtalen. En for vid bruk vil kunne medføre at forutberegnligheten i avtaleforhold svekkes. Retten bør derfor være forsiktig med å trekke forhold ved kausjonistens person, som sinnslidelse, inn i en vurdering etter avtl. § 36 der lånegiverens opptreden ikke i seg selv er tilstrekkelig til å statuere ugyldighet. Den dissenterende dommer hadde også en annen oppfatning av om sinnslidelsen hadde noen påvirkning på kausjonsstillelsen, og var derfor noe uenig i flertallets syn på hvilke momenter som ville være naturlig å ta i betraktning etter avtl. § 36. Det var klart at lånegiverens atferd var et moment som kunne være relevant i forhold til helhetsvurderingen, men etter den dissenterende dommers oppfatning fremsto lånet som ordinært, og det var heller ikke noe særskilt ved saksbehandlingen som ga grunnlag for en tilsidesettelse.<sup>56</sup>

Med tiden ble det større fokus på å beskytte den svakere part i avtaleforholdet og det viste seg behov for en egen lempningsregel for kausjonsrettslige spørsmål. Forbrukeren som kausjonist er i de fleste tilfeller et godt eksempel på en uerfaren part med behov for beskyttelse. Kredittgiveren kan i kraft av sin stilling som den profesjonelle part enkelt innhente informasjon om både hoveddebitor og kausjonisten, og må i tillegg kunne forventes å ha stor kunnskap om finansielle avtaler og risikoen forbundet med å inngå slike. I forbindelse med vedtakelsen av finansavtaleloven ble det derfor under

---

<sup>55</sup> Se Rt. 1990 s. 284 på s. 296

<sup>56</sup> Rt. 1995 s. 1540 på s. 1548-1549

stortingsbehandlingen drøftet om det i tillegg til underrettelsesplikten etter § 60 (1), var behov for en særskilt frarådningsplikt knyttet til kausjonistens egen økonomi. Forslaget til en slik bestemmelse kom inn etter en særuttalelse fra Forbrukerombudet og Forbrukerrådet. Dette ble ikke fulgt opp av departementet, men ble lovfestet etter stortingsbehandlingen der forslaget fikk støtte av Arbeiderpartiet og Fremskrittspartiet.<sup>57</sup> I forarbeidene begrunner kommisjonens mindretall viktigheten av en frarådningsplikt basert på kausjonistens økonomi ut i fra to hensyn. Det ene er hensynet til lojalitet mellom partene. I dette ligger at dersom kredittgiveren som den profesjonelle part ser at kausjonisten vil kunne få problemer med å innfri kausjonsansvaret om det gjøres gjeldende, skal den gjøre kausjonisten oppmerksom på dette. Det andre hensynet bygger på tanken om en forsvarlig foretningsdrift, og går ut på at kausjonistens økonomiske stilling skal vurderes på lik linje med hoveddebitors. Hensikten med en kausjon er at den skal gi sikkerhet for at kredittgiveren får dekning for sitt krav. Kausjonens verdi vil derfor være av stor betydning.<sup>58</sup>

Formålet med frarådningsplikten overfor kausjonisten er i korte trekk at denne gjøres klar over risikoen for mislighold fra hoveddebitor, oppfordres til å foreta en vurdering av forholdet, for deretter å unngå å stille kausjon for kreditt han sannsynligvis ikke makter overta ansvaret for. Kausjonistens ønske om å hjelpe hoveddebitor med å få innvilget kreditt til kjøp av for eksempel en bolig, vil ofte kunne settes i skyggen av en forsvarlig vurdering av egen økonomi. Et typisk tilfelle vil være der et familiemedlem kausjonerer for et annet familiemedlems låneopptak. Finansinstitusjonen vil derimot ikke ta personlige følelser med i vurderingen og bør som den profesjonelle part ha en plikt til å melde fra der den ser, eller må anta, at kausjonisten selv ikke har en realistisk oppfatning av egen betalingsevne.

Et familiemedlems ønske om å være til hjelp er som sagt et typisk eksempel på når kausjon stilles, selv om egen økonomi ikke er særlig god. Et eksempel på dette er BKN-0472 der en mor stilte realkausjon til sikkerhet for et lån hennes sønn tok opp for å finansiere studier. Etter nemndas vurdering skulle banken i dette tilfellet skriftlig ha

---

<sup>57</sup> NOU 1994:19 s. 55.f

<sup>58</sup> NOU 1994:19 s. 57

frarådet moren å stille kausjon for sønnens lån. Dette ble blant annet begrunnet med morens lave inntekt som pensjonist og at hun utover den pantsatte leiligheten ikke hadde noen formue. Banken var dessuten gjennom tidligere låneavtaler med hoveddebitor, kjent med hans problemer med å betjene lån. Det var også da tale om lån som moren hadde garantert for. Nemnda kom til at manglende frarådning medførte at realkausjonen burde reduseres, jf. fin.avtl. § 60 (2).<sup>59</sup> I et slikt tilfelle må det ha fremstått som klart for banken at kausjonen ble stilt på bakgrunn av morens ønske om å hjelpe sønnen, og at hun mest sannsynlig ikke hadde oversikt over egen økonomi eller forstod hva ansvaret innebar. Banken hadde kjennskap til låntakerens tidligere betalingsvansker og kunne heller ikke sies å ha foretatt en tilfredsstillende vurdering av konsekvensene for kausjonisten ved et eventuelt mislighold av hoveddebitor. Nemnda viste her til at det forelå *”andre forhold”* ved kausjonisten som tilsa en lemping av ansvaret. Hva som ligger i dette kommer jeg tilbake til i punkt 5.4.1.2.

Frarådningsplikten ved kausjonsstillelse finner vi som sagt nå i finansavtalelovens kapittel 4 om kausjon. Kapitlets virkeområde følger av den innledende bestemmelsen i § 57 (1). Etter bestemmelsen her gjelder frarådningsplikten i § 60 *”når en finansinstitusjon eller lignende institusjon som nevnt i § 1 annet ledd...er kreditor etter kausjon stilt for kreditt.”* Lovens § 60 oppstiller to former for frarådningsplikter. Første ledd er knyttet til hoveddebitors økonomi, mens andre ledd er knyttet til kausjonistens økonomi.<sup>60</sup>

### 5.3 § 60 første ledd – underrettelse om at kredittkunden er frarådet

Frarådningsplikten etter fin.avtl. § 60 (1) bygger på en allerede foretatt vurdering og eventuell frarådning overfor hoveddebitor, jf. henvisningen til fin.avtl § 47. På lik linje med frarådningsplikten etter § 60 (2) skal kredittgiveren etter § 47, fraråde hoveddebitor å ta opp kreditten dersom den anser hoveddebitors betalingsevne som tvilsom. I forhold til kausjonisten går dette ut på at der kredittgiver etter vurderingen enten har eller burde

---

<sup>59</sup> Se BKN-0472

<sup>60</sup> Bergh (2000) s. 335



frarådet hoveddebitor fra å ta opp kreditten, skal kausjonisten underrettes om dette.<sup>61</sup> Bestemmelsen i første ledd bærer derfor preg av å pålegge kredittgiveren en opplysningsplikt om kredittvurderingen av hoveddebitor, og innebærer etter ordlyden derfor ikke direkte en frarådning.

I forarbeidene til finansavtaleloven fremhevet departementet kausjonistens behov for en underrettelse om den foretatte kredittvurderingen av hoveddebitor. I tilfeller der hoveddebitor tar opp en kreditt han etter kredittgivers vurdering vil få problemer med å betjene, vil det som regel være stor sannsynlighet for at kravet gjøres gjeldende overfor kausjonisten. I praksis vil kredittgiveren derfor neppe utbetale kreditten med mindre nødvendig sikkerhet stilles. Skal det være aktuelt for en kausjonist å ta på seg ansvar for hoveddebitors forpliktelse i et slikt tilfelle, vil det måtte være et minimumskrav at kausjonisten før kausjonsstillelsen er underrettet om kredittgiverens skepsis.

Underrettelsen må derfor gi uttrykk for om det er en forutsetning for innvilgelse av kreditt at den er sikret ved kausjon. Hensikten med underrettelsen er at kausjonisten skal gjøres oppmerksom på at kredittgiveren anser hoveddebitors betalingsevne som svak, og at kausjonsstillelsen derfor bør overveies.<sup>62</sup>

Frarådningsplikten etter § 60 (1) vil kunne bidra til at kausjonisten vurderer hva kausjonsstillelsen innebærer, og dermed av eget tiltak overveier situasjonen på bakgrunn av opplysningene om kredittgiverens vurdering av hoveddebitor. Hvorvidt kausjonisten faktisk legger vekt på, og tar i betraktning, kredittgiverens skepsis vil nok i praksis ofte variere i forhold til hva det kausjoneres for, og hvem som kausjonerer for hvem. Loven har uansett til formål å sørge for at kausjonisten i det minste gis en oppfordring til å tenke seg om.

---

<sup>61</sup> Bergh (2005) s. 335, se også BKN-09113 der kausjonisten ved signatur bekreftet at hun var underrettet om bankens frarådning overfor hoveddebitor.

<sup>62</sup> Ot.Prp.Nr. 41 (1998-1999) s. 71

### 5.3.1 Bestemmelsens vilkår og vurderingsgrunnlag

Vilkårene for frarådningsplikten etter § 60 (1) er relativt like de som følger av den alminnelige opplysningsplikten kredittgiveren pålegges overfor kausjonisten. Dette ble som nevnt ovenfor også drøftet i lovens forarbeider der kommisjonens flertall fremhevet at underrettelse om hoveddebitors dårlige økonomi var noe som naturlig ville falle inn under opplysningsplikten i § 59. Departementet sa seg enige i dette, men mente likevel at plikten burde knyttes til mer presise kriterier. Den burde få sitt virkeområde der det på bakgrunn av slike kriterier anses som særlig stor fare at hoveddebitor ikke vil kunne innfri sine forpliktelser. For å skape klarhet anså departementet det derfor ønskelig med en egen bestemmelse.<sup>63</sup>

Hva som ligger i opplysningsplikten i lovens § 59 drøftes i artikkelen *”Kausjon fra forbruker – nye regler om opplysningsplikt”* av advokat Ole K. Rigland. Rigland nevner der at et sentralt avgrensningskriterium etter bestemmelsen i § 59 (1) bokstav h, er det samme som etter avtl. § 33. Det er tale om kjent informasjon som det av hensyn til den annen part vil være uredelig å holde tilbake. Slike opplysninger vil kunne få betydning for kausjonistens risiko, og er derfor noe han burde få kjennskap til.<sup>64</sup>

I NOU 1994:19 på side 179 oppstilles eksempler på når opplysningsplikten om slike forhold utløses. Tilfeller som nevnes er at låntaker er insolvent, har lidd store tap, eller at han er involvert i risikoprojekter som kan medføre en trussel mot hans økonomi. At låntaker har en svak økonomi vil også måtte falle inn under hva det skal opplyses om. Opplysninger som utløser plikten etter § 59 (1) bokstav h er dermed relativt like de som vil kunne følge av den kredittvurdering finansinstitusjonen foretar av låntakeren. Etter § 47 er det som nevnt hoveddebitors økonomiske evne eller andre forhold som kan sette dennes betalingsevne i fare som kan få betydning, og som kausjonisten etter § 60 (1) jfr. § 47 skal opplyses om.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Innst.O.Nr. 84 (1998-1999) s. 21

<sup>64</sup> Rigland (2002) s. 171

<sup>65</sup> Rigland (2002) s. 172

Dersom kredittgiver frarår en forbruker å ta opp kreditten grunnet dennes *”økonomiske evne”* eller *”andre forhold”* som kan være av betydning for betalingsviljen, pålegges kredittgiveren *”å underrette kausjonisten skriftlig om dette”*.<sup>66</sup> Det kan derfor i første omgang spørres hva som ligger i uttrykket *”dette”* og hva kausjonisten egentlig skal underrettes om. Ettersom banker og andre finansinstitusjoner er pålagt taushetsplikt i forhold til personlige opplysninger om kundene, må uttrykket *”dette”* sikte til resultatet av kredittvurderingen og ikke de enkelte deler av den. Som nevnt i punkt 4.1 uttalte kommisjonens flertall at det ikke vil være i samsvar med god bankpraksis å inngå et låneforhold der kredittgiver ser det som sannsynlig at kunden ikke vil klare å betjene lånet. Dersom låntakeren ikke selv har realistiske forestillinger om egen betalingsevne, låneformålets karakter eller andre viktige forhold, burde kunden opplyses om dette av banken.<sup>67</sup> Uttrykket kunden må her også omfatte kausjonisten ettersom det er denne som må tre inn i kredittavtalen ved et eventuelt mislighold fra hoveddebitor.

### 5.3.2 Underrettelsespliktens innhold

Underrettelsen bør bygge på den allerede foretatte kredittvurderingen som kredittgiveren etter lovens § 46 b (1) nå pålegges å foreta av kredittkunden. Ved kausjonsstillelse vil terskelen for underrettelsesplikten etter § 60 (1), derfor måtte vurderes i forhold til om frarådning er gitt hoveddebitor etter § 47.

Lovteksten selv gir liten veiledning om hvilke krav som stilles til underrettelsen bortsett fra at denne skal gis skriftlig. Forarbeidene gir i forhold til bestemmelsen ingen begrunnelse for skriftlighetskravet. Det kan derfor være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de hensyn som ligger bak lovens øvrige skriftlighetskrav, typisk i forhold til kreditt- og kausjonsavtalens form og innhold. Banklovkommisjonen pekte på at krav om skriftlighet skaper notoritet og orden, og i forhold til selve avtalen gjør det klart hva som er forhandlinger og hva som er avtaleinngåelse. For kausjonsavtalers

---

<sup>66</sup> Hva som ligger i disse kriteriene kommer jeg tilbake til i punkt 5.4.1.1 og 5.4.1.2

<sup>67</sup> NOU 1994:19 s. 53

vedkommende ble det av den grunn foreslått at skriftlighet skulle gjøres til et gyldighetskrav.<sup>68</sup>

Det kan spørres om skriftlighet i seg selv vil kunne understreke alvoret i saken. Dette vil kunne være tilfellet, men etter ordlyden er det kun et krav om at underrettelsen ”gis skriftlig”. I praksis har dette ofte vært foretatt via brev fra kredittgiveren.<sup>69</sup> Det oppstilles ingen krav om at kausjonisten skal signere for at underrettelsen faktisk er mottatt eller forstått. Min oppfatning er derfor at skriftlighetskravet etter første ledd ikke i seg selv er nok til å understreke alvoret ved kausjonsavtalen. En kombinasjon av en muntlig og en skriftlig underrettelse på lik linje med det som nå er lovfestet i § 60 (2) vil derimot kunne ha en slik virkning. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 5.4.1.7.

Betydningen av skriftlighet ble utdypet noe mer i kommisjonens forslag til krkj. § 9a. I tillegg til å kunne dokumentere at plikten faktisk var overholdt, pekte kommisjonen på at en skriftlig frarådning, i motsetning til kun en muntlig, vil kunne effektivisere plikten. Kredittkunden vil få bedre tid til, samt klarere og bedre forutsetninger for å vurdere institusjonens frarådning. En muntlig frarådning alene vil kunne bli borte i mengden av andre opplysninger som gis, og vil uansett være nært sagt umulig å bevise i ettertid. I denne sammenheng uttalte kommisjonen videre at det må kreves at plikten er konkret utformet i forhold til den enkelte kunden, og ikke følge av en standardformulering.<sup>70</sup> Hensynet bak dette må være at kredittgiveren skal oppfordres til å foreta en vurdering basert på den aktuelle kausjonistens økonomi. Kredittgiveren skal ikke kunne gi frarådnngen i form av et standardskriv som en del av en større avtale for deretter å ha sitt på det rene. Dersom dette godtas vil plikten lett kunne miste sin ønskede funksjon.

I forarbeidene peker departementet på at formålet med kravet til skriftlighet er å sikre at opplysningene gis på en tydelig måte, samtidig som det understreker at muntlige opplysninger ikke er tilstrekkelige. Likevel bør det også være mulig at opplysningene

---

<sup>68</sup> NOU 1994:19 s. 50. Et slikt krav følger av fin.avtl. § 61 (1).

<sup>69</sup> Se eksempelvis BKN-0973

<sup>70</sup> NOU 2007:5 s. 59

kan gis ved hjelp av elektronisk medium. Det ble derfor foreslått en generell unntaksbestemmelse i lovens § 8 (1) som uttrykket ”skriftlig” i frarådningsbestemmelsene i §§ 47 og 60 henviser til. Etter § 8 (1) kan opplysninger som etter krav, eller i medhold av loven skal gis skriftlig, også gis ved elektronisk kommunikasjon. Som departementet videre ga uttrykk for vil kravet til skriftlighet likevel innebære at opplysningen skal gis i form av skrifttegn.<sup>71</sup> Regelen kom inn etter forslag fra departementet og er av den grunn ikke en del av Banklovkomisjonens forslag. Lovens § 8 er en todelt bestemmelse og som det følger av drøftelsen over, er det første ledd som er av betydning i forhold til meldinger og opplysninger, da andre ledd retter seg mot selve avtalen. Første ledd regulerer tilfeller der loven i utgangspunktet oppstiller et krav om skriftlighet, som for eksempel i forhold til underrettelsen etter § 60 (1). En forutsetning for at opplysningene kan gis elektronisk er imidlertid at kunden har gitt uttrykk for at dette er ønskelig. Etter omstendighetene vil slik aksept foreligge dersom kunden selv tar kontakt via elektronisk kommunikasjon.<sup>72</sup> Det som her gjelder for kredittkunden vil også måtte omfatte kausjonisten.

Det må derfor spørres om underrettelsen etter § 60 (1) kan gis elektronisk. Ettersom elektronisk kommunikasjon kun kan benyttes dersom kunden ønsker det, vil dette forutsette at kausjonisten i forkant av frarådnings har gitt uttrykk for at slik kommunikasjon er ønskelig, eller kontaktet kredittgiveren via et slikt medium. Dette vil nok sjeldent være vanlig i praksis. I de fleste tilfeller er det som regel kredittgiveren eller kredittkunden som tar kontakt med kausjonisten for å få dennes signatur på kausjonserklæringen, ikke omvendt. Det foreligger ikke noe kjent praksis i forhold til at frarådning eller underrettelse om frarådning er gitt ved elektronisk kommunikasjon, noe som tyder på at dette foreløpig ikke er et utbredt problem.

Likevel kan det etter min mening ikke utelukkes at spørsmålet vil kunne oppstå. Særlig med tanke på utviklingen og den utstrakte bruk av nettbank og elektronisk kommunikasjon generelt. Et eksempel på dette vil kunne være der kausjonisten allerede før kausjonsstillelsen er kunde av en bank og kommunikasjonen mellom disse i lang tid

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr. 41(2007-2008) s. 25

<sup>72</sup> Bergh (2000) s. 327

har foregått via e-post eller bankens nettsider. Et annet eksempel knytter seg til den utstrakte bruken av SMS som kommunikasjonsmåte mellom en bank og dennes kunder. Under forutsetning av at formkravene ellers overholdes kan det spørres om lovens krav til skriftlighet er oppfylt dersom frarådning i slike tilfeller gis via e-post eller SMS. På bakgrunn av drøftelsen over må dette kunne besvares bekreftende. Dersom kausjonisten før avtaleinngåelsen uttrykkelig aksepterer bruk av elektronisk kommunikasjon, ved direkte godkjenning eller ved å legge opp til dette, må kredittgiveren etter lovens ordlyd være berettiget til å gi underrettelsen på en slik måte.

### 5.3.3 Tidspunkt for underrettelsen

Det følger av bestemmelsens ordlyd at underrettelsen kan gis på to forskjellige tidspunkter. Det ene er før kausjonsavtalen inngås, og det andre er før kreditten utbetales. I det første tidspunktet ligger at kausjonisten har krav på underrettelsen før han bindes avtalerettslig. Tidspunktet for når underrettelsen skal gis må sees i sammenheng med pliktens formål, nemlig at man skal få tid og mulighet til å sette seg inn i opplysningene, og vurdere om man faktisk ønsker å stille kausjon på bakgrunn av kredittgiverens frarådning overfor hoveddebitor. At kausjonisten faktisk setter seg inn i opplysningene underrettelsen bygger på er derimot ikke et krav etter loven.<sup>73</sup>

I forhold til det andre tidspunktet pekte kommisjonens mindretall på at det i tiden mellom avtaleinngåelse og utbetaling kunne dukke opp nye opplysninger av betydning for vurderingen. Det vil kunne være tale om opplysninger om hoveddebitors økonomisk evne eller andre forhold som innebærer at han alvorlig bør avstå fra å ta opp kreditt, rettere sagt omstendigheter som forelå ved avtaleinngåelsen, og som ville aktualisert frarådningsplikten dersom kredittgiveren hadde hatt kjennskap til disse.<sup>74</sup> Et typisk eksempel er endringer i forhold til arbeidsforhold eller liknende opplysninger som kredittgiveren først får kjennskap til på et senere tidspunkt.<sup>75</sup> Mindretallet uttalte videre at der slike nye opplysninger av betydning inntreffer etter at bindende avtale er inngått, bør

---

<sup>73</sup> Berg (2000) s. 328-329

<sup>74</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>75</sup> Hveem (2005) s. 107-108

kredittkunden gis mulighet til å si at han likevel ikke ønsker å ta opp lånet. Mindretallet viste i denne sammenheng til lovutkastet til bestemmelsen i fin.avtl. § 53 om førtidig tilbakebetaling, som etter deres mening burde gjelde analogisk i slike tilfeller.<sup>76</sup> Det må derfor spørres om kausjonisten har en tilsvarende rett dersom kredittkunden velger å ta opp lånet til tross for kredittgiverens frarådning på bakgrunn av de nye opplysningene. I forhold til dette må det kunne sies at dersom § 60 (1) skal få en selvstendig betydning, må også kausjonisten ha mulighet til å gå fra avtalen i et slikt tilfelle. En forutsetning må imidlertid være at dette gjøres før lånet utbetales.

Det må nevnes at det i visse tilfeller kun vil være mulig å gi en underrettelse før avtalen inngås, men ikke før kreditten er utbetalt. Et eksempel på dette vil være der det kausjoneres for eldre gjeld. I slike tilfeller vil lånet det kausjoneres for allerede være utbetalt til hoveddebitor.

Loven oppstiller ingen tidsgrense for hvor lang tid i forkant av avtaleinngåelsen en frarådning skal gis. Et minimumskrav må derfor være at kausjonisten har hatt en reell mulighet til å sette seg inn i underrettelsen og eventuelt undersøke de forhold kredittgiveren har bygget på. Et eksempel på dette følger av BKN-07105 der kausjonisten ikke hadde hatt noen reell mulighet til å sette seg inn i kredittgiverens oppfordring.

#### 5.4 § 60 andre ledd – frarådningsplikten ved kausjonsavtaler

Av finansavtaleloven § 60 (2) følger det som kalles den egentlige frarådningsplikt ved kausjonsstillelse. Etter bestemmelsens ordlyd gjelder frarådningsplikten overfor kausjonisten kun dersom denne er forbruker. Hvorvidt hoveddebitor er forbruker eller næringsdrivende er, i motsetning til ved underrettelsesplikten i § 60 (1), derimot ikke av betydning.<sup>77</sup> Bestemmelsen beskytter hovedsakelig kausjonisten, men medfører også et vern for kredittgiveren. Hovedtanken bak en kausjon er å gi kredittgiveren sikkerhet for ytet kreditt. Dersom kausjonisten ikke er betalingsdyktig vil naturligvis kausjonen heller

---

<sup>76</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>77</sup> Sætermo (2005) s. 47, jf. BKN-04164

ikke gi den tilsiktede sikkerhet. Kredittgiveren vil derfor være tjent med å foreta en vurdering av forhold på kausjonistens side som kan gi et bilde av dennes betalingsevne.

Regelen pålegger nå kredittgiveren en plikt til å opplyse kausjonisten dersom den *”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.”*

Før innføring av loven ble det som nevnt gitt uttrykk for et ønske om å unngå at profesjonelle kredittgivere yter kreditt som hoveddebitor, eller den som skal sikre lånet gjennom kausjon, ikke har økonomisk evne til å bære. En regel som pålegger institusjonen en kredittvurdering vil kunne ha en todelt funksjon. Den vil for det første forhindre at finansinstitusjonene lider tap på sine utlån, og for det andre unngå at hoveddebitor eller kausjonisten får alvorlige økonomiske problemer ved å ta på seg et for stort ansvar.<sup>78</sup> At kausjonisten får økonomiske problemer vil naturligvis også gå utover kredittgiver, da den som følge av dette vil kunne påføres et tap ved at kreditten ikke innfris.

Begrunnet i formålet bak bestemmelsen til § 47, om å forhindre at kredittkunden tar opp kreditt han sannsynligvis ikke vil klare å betjene, fremhevet kommisjonens mindretall at plikten må inntre uavhengig av om sikkerhet i form av pant eller kausjon er stilt. Tilsvarende må gjelde i forhold til kausjonister. Plikten til å fraråde kausjonisten bør derfor inntre uavhengig av om også kausjonen er sikret med pant, for eksempel kausjonistens hytte. Bakgrunnen er at mislighold av avdrag på kreditten vil kunne resultere i ytterligere økonomiske problemer ved at panteobjektet kreditten er sikret i kan kreves tvangssolgt.<sup>79</sup> At kredittgiveren gir uttrykk for skepsis bør gi både hoveddebitor og kausjonisten en særlig foranledning til å tenke seg om. Kommisjonens mindretall pekte på at der det advares om kredittgiverens motforestillinger, vil alle parter være klar over hva avtalen innebærer og den betydelige risiko for mislighold som foreligger.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> NOU 1994:19 s. 53

<sup>79</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>80</sup> Hveem (2005) s. 109, jf. NOU 1994:19 s. 54-55



#### 5.4.1 Bestemmelsens innhold, vilkår og vurderingsgrunnlag

Innholdet i frarådningsplikten etter § 60 (2) går, i motsetning til underrettelsen etter første ledd, ut på en frarådning overfor kausjonisten grunnet forhold ved kausjonisten selv. Det følger av bestemmelsen at frarådningsplikten inntreffer ved to forskjellige vurderingsgrunnlag. Etter det første kriteriet skal finansinstitusjonen fraråde kausjonistens dersom *”økonomiske evne”* tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon. Det andre kriteriet pålegger en frarådningsplikt dersom det foreligger *”andre forhold”* ved kausjonisten, eller forhold knyttet til kausjonen, som tilsier at denne vil kunne få problemer med å betjene et eventuelt ansvar. Som Bankklagenemnda uttaler i BKN-0739 *”innebærer kriteriene en plikt for kredittgiveren til å foreta en vurdering av kausjonistens egen økonomi.”* Grensen for hva som vil falle inn under det ene og det andre kriteriet vil ikke alltid være like klar. I praksis refereres det ofte til at *”forhold på kausjonistens side”* tilsier at frarådnningen etter en helhetsvurdering skulle vært gitt.<sup>81</sup> For eksempel vil inntekt, formue og gjeld falle inn under kriteriet *”økonomisk evne”*, mens kriteriet *”andre forhold”* omfatter en rekke andre omstendigheter som ikke nødvendigvis er knyttet direkte til kausjonistens økonomi. Uansett hvilke av kriteriene som begrunner frarådningsplikten, må det kunne antas at det er kausjonistens betalingsevne som er av viktighet, og som derfor er det sentrale i vurderingen.

Bestemmelsen oppstiller som nevnt ovenfor, krav til, hvordan frarådnningen skal gis. Kredittgiveren pålegges å gi kausjonisten en skriftlig, og så vidt mulig også muntlig, frarådning fra å stille kausjon. Dersom kausjonsavtalen inngås til tross for frarådnningen, skal kausjonisten ved signatur, bekrefte at han er kjent med både den skriftlige og den muntlige frarådnningen.

Spørsmålet er derfor hva som ligger i dette, når plikten inntreffer og hva kredittgiveren dermed pålegges.

---

<sup>81</sup> Se eksempelvis BKN-0472, BKN-06114

#### 5.4.1.1 "Økonomisk evne"

Det første vurderingskriteriet knytter seg til hvorvidt kausjonistens økonomi er solid nok til å betjene kreditten det skal kausjoneres for. Som i eksempelet i punkt 1.1 vil kredittgiveren etter en vurdering av kausjonistens økonomi velge å inngå kausjonsavtalen, men gir samtidig en oppfordring til kausjonisten om avstå fra å stille kausjon. Selv om kredittgiveren vurderer kausjonistens økonomi som noe svak anser den likevel ikke forholdet for å være så betenkelig at det vil være uforsvarlig å la denne stille kausjon. Bestemmelsens kjerne er derfor om kausjonisten har evne til å tre inn i kredittavtalen dersom denne misligholdes av hoveddebitor. Det kan derfor spørres hva vurderingen skal bygge på og hvor terskelen ligger for at frarådningsplikten inntre. I praksis er det vanlig å operere med en tommelfingerregel om at gjelden ikke bør utgjøre mer enn maks 2,5 til 3 ganger årlig inntekt.<sup>82</sup> Har kausjonisten etter denne beregningen negativt likviditet vil resultatet i utgangspunktet bli avslag fra kredittgiverens side. Likevel vil forholdet kunne godtas, men da vil som regel frarådningsplikten inntre. I BKN-0854 kom Bankklagenemnda til at kausjonisten burde vært frarådet på bakgrunn av sin økonomiske evne og begrunnet dette blant annet med at han på kausjonstidspunktet hadde en gjeldsgrad på mellom fire og fem ganger stipulert fast inntekt. Gjeldsgraden var i dette tilfellet for høy i forhold til kausjonistens inntekstnivå.

I forarbeidene uttalte Banklovkommisjonens mindretall at vurderingen må foretas på bakgrunn av en rekke momenter. I første omgang vil dette dreie seg om kausjonistens inntekt, formue og øvrige gjeld sett opp mot kredittens størrelse.<sup>83</sup> Videre nevnes det at det ikke er nok å ta utgangspunkt i kredittens størrelse og eventuelle renteforpliktelser, men at også lånets avdragsprofil må tas i betraktning. Med tanke på lånets rente vil det måtte tas med i vurderingen av kausjonistens tilbakebetalingsmulighet at renten kan heves.<sup>84</sup> I praksis er det derfor vanlig at banken tar høyde for at den som skal betjene

---

<sup>82</sup> [www.sparebank1.no](http://www.sparebank1.no) (2010)

<sup>83</sup> Dette er også vanlig i praksis. Se BKN-1085 der frarådning burde vært gitt kausjonist som hadde en gjeldsbelastning på nærmere ti ganger egen inntekt det året hun kausjonerte. Se også et motsatt tilfelle i BKN-1037 der kausjonistens gode økonomi, ikke tilsa at frarådning ikke var nødvendig.

<sup>84</sup> NOU 1994:19 s. 55 flg.

lånet vil måtte klare en renteøkning på opp til 3,5 prosent.<sup>85</sup> Etter mindretallets mening bør plikten derfor ikke bare inntre dersom lånet er uvanlig stort i forhold til kausjonistens økonomi, men også dersom nedbetalingsplanen er urealistisk. Vurderingen må derfor også, om mulig, baseres på fremtidige endringer i kausjonistens økonomi, enten disse er knyttet til inntekten, øvrige gjeldsforpliktelser eller andre forhold av betydning.<sup>86</sup> I forhold til vurderingen av kausjonistens fremtidsutsikter vil kausjonisten selv kunne være optimistisk og pynte på sannheten. Kredittgiverens saksbehandler bør derfor foreta en nøktern og objektiv vurdering av forholdet. Av praksis følger at vurderinger om fremtidige endringer må kunne bygges på faste holdepunkter og ikke kun antagelser fra kunden selv.

Se eksempelvis BKN-02024 som imidlertid gjelder vurderingen av en kredittkundes *”økonomiske evne”* etter den tilsvarende bestemmelsen i fin.avtl. § 47 (1). Kredittkunden, som etter en skade var 100 prosent ufør og kun hadde uføretrygd som inntekt, opplyste til kredittgiveren i forbindelse med søknaden om kreditt, at han i fremtiden ventet å få en *”ikke ubetydelig inntekt”* gjennom en tidligere forretningsforbindelse. Etter Bankklagenemndas vurdering var det feil av banken å legge vekt på kredittkundens egen forventning om inntekten som etter deres mening *”synes å være temmelig løst fundert”*. Kredittkunden burde derfor vært frarådet fra å ta opp gjeld i tillegg til den han allerede hadde. Det forelå etter nemndas mening, med andre ord, ikke klare nok holdepunkter for at inntekten faktisk kunne oppnås.

Vurderingen som skal foretas bærer etter dette preg av å være en alminnelig kredittvurdering lik den som i forhold til hoveddebitor nå er lovfestet i § 46 b (1). Forskjellen ligger imidlertid i at kredittgiveren i forhold til vurderingen etter § 60 (2) ikke pålegges å foreta en aktiv innhenting av opplysninger. Likevel må det som nevnt være i kredittgiverens egen interesse at vurderingen er forsvarlig og bygger på visse holdepunkter. Et eksempel fra forarbeidene som er gitt for å illustrere hensikten bak frarådningsplikten vil etter en liten endring kunne illustrere dette i forhold til kausjonstilfeller. *”Der en far kausjonerer for lån til sin sønn, og alle involverte parter vet at det er faren som til syvende og sist må tre støttende til”* vil sikkerheten kausjonen skal utgjøre ikke ha noen funksjon om ikke også farens økonomi er solid.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> [www.sparebank1.no](http://www.sparebank1.no) (2010)

<sup>86</sup> NOU 1994: 19 s. 55, og NOU 2007:5 s. 57

<sup>87</sup> NOU 1994:19 s. 54.

Spørsmålet om når kredittgiveren har en frarådningsplikt oppstår som regel i tilfellene mellom de som klart omfattes av plikten og de som ikke omfattes av den. Man må kunne sies å være utenfor plikten dersom kausjonisten kan benytte bankinnskudd eller andre likvide midler til å betjene kreditten uten særlige problemer.<sup>88</sup> Motsatt vil plikten derimot klart inntre dersom kausjonisten ved at ansvaret gjøres gjeldende, må selge betydelige eiendeler som for eksempel egen bolig uten mulighet til å kjøpe ny.<sup>89</sup> Dette er bestemmelsens kjerneområde og det kan ikke være tvilsomt at kredittgiveren har en plikt til å fraråde kausjonsstillelse eller nekte kausjonisten å stille kausjon i slike tilfeller. Selv om man skulle tro at kredittgiveren i tråd med prinsippet om god bankskikk ville være tilbakeholden med å yte kreditt der dette er nærliggende, forekommer det i praksis at dette i et fåtall tilfeller likevel skjer.<sup>90</sup> Tilfellene der det derimot kan være usikkert hvorvidt kredittgiver har frarådningsplikt oppstår som regel der kausjonisten ved aktualisering av ansvaret må selge en større del av sine eiendeler, eller for eksempel bytte ut nåværende bolig med en rimeligere.<sup>91</sup>

#### 5.4.1.2 "Andre forhold"

Banklovkommisjonens mindretall fremmet et forslag om at også "*andre forhold*" ved kausjonisten eller kausjonen måtte vurderes. Bestemmelsens ordlyd setter med dette ikke selv noen begrensning for hva som kan tas i betraktning. Det vil som sagt ikke alltid kunne trekkes en klar grense mellom hva som skal vurderes under økonomisk evne og det som kan falle inn under "*andre forhold*."<sup>92</sup> Som nevnt i punkt 5.4.1 må kriteriet av den grunn omfatte nært sagt enhver omstendighet som både direkte og indirekte vil kunne få betydning for kausjonistens tilbakebetalingsevne. En frarådningsplikt vil etter kriteriet her kunne inntre der for eksempel kausjonistens

---

<sup>88</sup> Se BKN-0989 der kausjonisten ventet utbetaling av arv som langt oversteg kausjonsforpliktelsen.

<sup>89</sup> Se BKN-0739 der kausjonisten ikke hadde andre muligheter enn å selge sin bolig hvis kausjonsansvaret ble gjort gjeldende.

<sup>90</sup> Se BKN-09167 der det etter avtl. § 36 ble ansett som stridene mot god bankskikk å gjøre avtalen gjeldende fullt ut.

<sup>91</sup> Bergh (2000) s. 336

<sup>92</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 60

betalingsvilje og ikke evne fremstår som usikker, eller der han ikke kan tilby sikkerhet i form av pant.<sup>93</sup>

Videre vil omstendigheter som knytter seg til kausjonistens personlig anliggende tillegges betydning, men med den begrensning at det kun er opplysninger av konkret betydning for avtaleforholdet og tilbakebetalingsevnen som vil være relevante.<sup>94</sup> Kredittgiveren bør derfor ikke vektlegge utenforliggende forhold som ikke har tilknytning til kausjonistens evne til å gjøre opp for seg. Omstendigheter som derimot vil kunne være relevante er kausjonistens alder, familieforhold, utdanning, yrke, endringer i arbeidsforhold, sykdom m.v.. Alder, sykdom og mentale forstyrrelser vil kunne innvirke på kausjonistens dømmekraft slik at han derfor ikke oppfatter risikoen forbundet med å stille kausjon. De samme forhold vil i tillegg kunne medføre at muligheten for å skaffe eller fortsette i lønnet arbeid vil være begrenset. Lån har ofte lang løpetid og dersom kredittkunden misligholder allerede i begynnelsen av låneforholdet, vil det kunne være vanskelig for en pensjonist med lav inntekt å skulle betjene dette for resten av sin levetid. Et viktig moment som etter min mening også burde tas i betraktning ved enhver kausjon og derfor søkes klarlagt av kredittgiveren, er kausjonistens motivasjon for å inngå avtalen.

I saken BKN-0472 kritiserte Bankklagenemnda kredittgiveren for ikke å ha foretatt en grundigere vurdering av kausjonistens betalingsevne. Kausjonisten burde vært frarådet på bakgrunn "*andre forhold*" på hennes side, som etter nemndas mening var hennes beskjedne formue og inntekt, samt begrensede mulighet for å skaffe lønnet arbeid.<sup>95</sup> Se også den ovenfor nevnte saken BKN-0854, der det i tillegg til inntekt sett opp mot gjeldsgraden, ble vektlagt at kausjonisten var ung og ikke godt etablert i yrkeslivet.

Et annet typisk eksempel der frarådning bør gis etter en helhetsvurdering begrunnet i "*andre forhold*" er der en ung jente tegner kausjon for kreditt en kjæreste har tatt opp for å finansiere et bilkjøp. Livet er dessverre ofte slik at et parforhold ikke alltid varer

---

<sup>93</sup> Se Hveem (2005) s. 112 i forhold til tilsvarende om kredittkunden

<sup>94</sup> Ot.prp.nr. 22 s. 61

<sup>95</sup> Se punkt 5.2

like lenge som gjeldsforholdet består. Den godtroende kausjonist vil i slike tilfeller risikere å sitte igjen med ansvaret for gjelden dersom forholdet tar slutt og lånet misligholdes i fremtiden.<sup>96</sup> En kausjonserklæring mellom unge mennesker som kanskje har lite- eller et urealistisk syn på varigheten av et forhold, kan derfor være en situasjon som klart innskjerper frarådningsplikten.

Dette kom opp i BKN-093 der en jente kausjonerte for en kreditt i tillit til at paret skulle gifte seg. Kreditten skulle innfri en aksjeopsjon. Banken ga etter en totalvurdering av parets samlede økonomi, basert på opplysningene om gifteplaner, ikke noe frarådning. Etter nemndas mening var det ikke unaturlig å foreta en samlet vurdering, men pekte likevel på at banken burde ha gjort kausjonisten oppmerksom, dersom den isolert sett anså hennes inntekt som for lav til å betjene kreditten. Banken burde, uavhengig av kjennskapet til gifteplanene, forsikret seg om at kausjonisten var kjent med risikoen for å kausjonere for en kreditt hun kunne risikere å måtte betjene dersom forholdet til kjæresten skulle ta slutt.

Under "*andre forhold*" vil også kausjonistens interesse i at kausjonen stilles være av betydning for om kredittgiveren har en plikt til å fraråde. Se eksempelvis BKN-03136 der banken ikke ble ansett for å ha en frarådningsplikt blant annet begrunnet i kausjonistens egen interesse i at sønnens huskjøp skulle gå i orden.

I et fåtall saker der frarådning burde vært gitt grunnet "*andre forhold*" ved kausjonisten, har resultatet blitt at selve kausjonsavtalen ble satt tilside som urimelig i medhold av avtl. § 36. Eksempler på dette er den ovenfor nevnte Høyesterettsavgjørelsen publisert i Rt. 1995 s. 1540, som vel og merke er fra før lovens ikrafttreddelse, og den relativt like saken i BKN-0466. I den sistnevnte saken kom Bankklagenemnda til at det etter en totalvurdering, der kausjonistens mentale stilling, låneengasjementets karakter og de eventuelle økonomiske konsekvensene det ville få om ansvaret ble aktualisert, måtte anses som urimelig å gjøre pantsettelsen gjeldende. Nemnda viste til Høyesterettsavgjørelsen fra 1995 og mente at realkausjonen måtte tilsidesettes som urimelig etter avtl. § 36. I begge sakene ble det foretatt en

---

<sup>96</sup> Hagstrøm (2003) s. 61. Se også BKN-0621 der en jente kausjonerte for samboerens billån, og det senere viste seg at han opererte med falsk identitet. Etter nemndas mening var saksbehandlingen dårlig og kausjonisten burde vært frarådet på bakgrunn av sin økonomiske evne. Lånegiveren burde i tillegg opplyst kausjonisten om de betydelige konsekvenser mislighold kunne få ved at hun i så fall måtte selge sin bolig for å betale en annens gjeld.

helhetsvurdering der den økonomiske evne, avtalens karakter og kausjonisten sinnslidelse, samlet sett medførte at avtalen ble tilsidesatt etter avtl. § 36.<sup>97</sup>

#### 5.4.1.3 Terskelen for når frarådningsplikten inntre og finansinstitusjonens undersøkelsesplikt

Det følger av bestemmelsens ordlyd at plikten vil inntre der kausjonistens økonomi og betalingsevne tilsier at han, etter kredittgiverens vurdering, *”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.”* Dette sikter til hvor terskelen for kredittgiverens frarådningsplikt ligger. Terskelen er dermed lavere enn det som fulgte av eldre rett og den strenge standarden *”håpløst foretagende”*.<sup>98</sup> Etter dagens krav er det derfor ikke slik at det må dreie seg om at kausjonisten åpenbart ikke ville kunne klare å betjene lånet. Det vil nå være tilstrekkelig at han etter omstendighetene alvorlig bør overveie å avstå.

Dersom forbrukeren etter anmodningen fremdeles ønsker å stille kausjon, er det intet i veien med dette, men lovens intensjon er likevel oppfylt.<sup>99</sup> Selv om kredittgiveren ikke direkte pålegges å gi rådgivning, vil ordlyden tilsi at det oppstilles et visst ansvar for å belyse risikoen ved kausjonsstillelsen.

Videre kan det spørres hvilken undersøkelsesplikt kredittgiveren pålegges i forhold til å vurdere kausjonistens økonomiske evne. Det ble i bestemmelsen forarbeidet ikke fremmet noen krav om å pålegge institusjonen en plikt til aktivt å innhente opplysninger om låntaker eller kausjonistens økonomi.<sup>100</sup> Bestemmelsen pålegger finansinstitusjonen en frarådningsplikt dersom den *”må anta”* at kausjonistens økonomiske evne eller andre forhold på dennes side tilsier at kausjonsstillelsen bør overveies. Med dette oppstilles det ingen krav til hvor grundig finansinstitusjonens vurdering skal være. I tråd med det som følger av vurderingskriteriene skal vurderingen bygge på forhold som kan være av betydning for kausjonistens evne og mulighet til å oppfylle avtalen. Det siktes ikke til

---

<sup>97</sup> Som nevnt i punkt 5.2 er inntrykket slik at *”bestemmelsen bør brukes med forsiktighet og kun begrenses til ekstraordinære tilfeller”*, noe som etter praksis å dømme ser ut til å stemme.

<sup>98</sup> Hagstrøm *”Obligasjonsrett”* (2003) s. 76

<sup>99</sup> Hveem (2005) s. 101-102

<sup>100</sup> I forhold til inngåelse av kredittavtaler er dette som nevnt i punkt 3.2.1 nå lovfestet.

nødvendig konkret kunnskap, men kredittgiverens antagelser må kunne bygges på visse klare holdepunkter.<sup>101</sup> Hvor grundig undersøkelse som bør foretas vil derfor kunne variere i forhold til hvem som er kausjonist. Ordlyden legger opp til en skjønsmessig vurdering, jfr. uttrykket ”*må anta*”. I forarbeidene til frarådningsplikten ved kredittkjøp, NOU 2007:5, henvises det til justiskomiteens uttalelser i forarbeidene til fin.avtl. § 47. Komiteens flertall foreslo å pålegge långiveren et strengere aktsomhetskrav enn det som følger av en vanlig aktsomhetsvurdering, der vurderingsgrunnlaget vil være om lånegiver forsto eller burde forstått at låntaker burde overveie å avstå fra å ta opp lånet. Forarbeidene henviser til hvordan uttrykket er forstått i den alminnelige erstatningsretten. Her gis det uttrykk for at ”*«må anta» normalt vil innebære at en normal bedømmelse av situasjonen gjør uvitenheten uforståelig, og at dette reelt sett innebærer krav om kunnskap, men at det ikke er krav om særlig sterke bevis for denne kunnskapen.*”<sup>102</sup>

”*Må anta*” krever etter dette noe mer, nemlig at det faktisk må foretas en form for vurdering antagelsene kan bygges på. En vurdering i forhold til om kausjonisten vil klare å betjene kreditten dersom hoveddebitor ikke selv makter dette.

Bakgrunnen for ikke å oppstille et strengere krav til innhenting av opplysninger er som nevnt tidligere at det må kunne forutsettes at kredittgivere i egen interesse foretar en kredittprøving, og at de i henhold til det som følger av prinsippet om ”god bankskikk” har rutiner som sikrer at en forsvarlig kredittvurdering faktisk foretas.<sup>103</sup> Det kan derfor spørres hva som ligger i uttrykket ”god bankskikk” og hva det innebærer i forhold til innhenting av opplysninger. Hva som inngår i dette og hvordan kredittvurderingen foretas vil kunne variere noe i forhold til hvilken kredittgiver det er tale om. Store seriøse aktører, eksempelvis store banker, vil sannsynligvis være grundigere i sine undersøkelser og rutiner, i motsetning til andre mer ”useriøse finansinstitusjoner”.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Hveem (2005) s. 106

<sup>102</sup> NOU 2007:5 s. 52-53, jf. Innst.O.nr.84 (1998-1999) s.16-17, jf. Lødrup (1999) s. 373

<sup>103</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>104</sup> Det siktes her til finansinstitusjoner hvis virksomhet er å tilby såkalte ”lynlån” via sms m.v. Etter de nye kravene i loven vil inngåelse av slike kredittavtaler imidlertid ikke være like enkelt som tidligere.



Den vanligste kilden for innhenting av opplysninger for å vurdere kausjonistens økonomiske evne vil være gjennom et søknadsskjema der kausjonisten selv oppgir opplysninger om egen inntekt, formue, gjeld og andre utgifter, utdanning, jobb, boligsituasjon og sivil status.<sup>105</sup> En annen, og noe enklere måte som gjøres i tillegg, er innhenting av utskrift fra et kredittopplysningsselskap som vil kunne gi opplysninger om betalingsanmerkninger og ligningstall for de tre siste årene. En slik utskrift innhentes i praksis uavhengig av hvilke opplysninger forbrukeren selv gir. Dersom denne type opplysninger gir uttrykk for at kausjonistens betalingsvilje er tvilsom eller at han er sen eller dårlig til å betale sine forpliktelser, vil de fleste kredittgivere som regel avslå kausjonistens tilbud om å stille kausjon.<sup>106</sup>

Annen dokumentasjon som i de fleste tilfeller kreves fremlagt er en fullstendig kopi av selvangivelse og lønnslipp for de siste tre månedene. Lønnslippene viser om kausjonisten har en fast inntekt og et pålitelig og varig arbeidsforhold.<sup>107</sup> For kredittkunder, og mest sannsynlig også for kausjonister, er det nå vanlig at disse opplysningene gis poeng etter et system og resulterer i en sluttsum som gir kredittgiver et bilde av sannsynligheten for at kunden (kausjonisten) klarer å betjene gjelden (ofte basert på en SIFO-norm).<sup>108</sup> Sluttsummen vurderes deretter opp mot institusjonens egne regler for hvem som er kredittverdig.<sup>109</sup>

Det har oppstått spørsmål om frarådningsbestemmelsene hjemler rett til innhenting av sensitive opplysninger om kredittkunden. Justisdepartementets lovavdeling avga i den anledningen en uttalelse der det ble konkludert med at bestemmelsen ikke ga grunnlag for dette. Etter deres mening utgjorde ikke bestemmelsen et selvstendig lovgrunnlag som etter personopplysningsloven § 8 vil gi adgang til å innhente opplysninger om for eksempel sykdom, arbeidsløshet og skilsmisse. Slike opplysninger måtte skaffes til veie

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr. 22 (2007-2008) s. 57

<sup>106</sup> Hveem (2005) s. 112

<sup>107</sup> Ot.prp.nr. 22 (2007-2008) s. 57

<sup>108</sup> SIFO (Statens institutt for forbruksforskning) utarbeider normer for hvor mye penger en forbruker gjennomsnittlig sitter igjen med etter at gjeldsutgifter er betalt. Normen gir en indikasjon på om forbrukeren vil klare å betjene kreditten. Er beløpet mindre enn kalkylen tilsier pålegges kredittgiver en frarådningsplikt. Se [www.sifo.no](http://www.sifo.no)

<sup>109</sup> Regjeringen (2010) [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

på andre grunnlag.<sup>110</sup> Dette vil for eksempel kunne være via samtykke fra kausjonisten eller dersom denne etter eget ønske eller på eget initiativ fremlegger opplysningene.

#### 5.4.1.4 Kausjonistens opplysninger

Av drøftelsen over følger at det i stor grad er kausjonistens egne opplysninger som danner grunnlaget for vurderingen og dersom disse ikke gir uttrykk for tilstrekkelig økonomisk evne, vil kunne utløse en frarådningsplikt for finansinstitusjonen.

Spørsmålet er hvilken plikt kausjonisten har til å gi opplysninger om egen formue, inntekt og gjeld og hvilken betydning det har dersom disse opplysningene er feilaktige. Det kan ikke sies at kausjonisten ikke har noen plikt til å bidra med opplysninger, men da vil utfallet mest sannsynlig bli at han nektes å stille kausjon. Det vil derfor være av stor betydning at kausjonisten bidrar. Ettersom kausjonisten av eget tiltak skal gi kredittgiver dokumentasjon vil det ikke alltid være slik at det som oppgis eller legges til grunn i kredittgiverens vurdering er korrekt. Det kan derfor spørres hvem som har ansvaret for at opplysningene er så korrekte som mulig. Av praksis fra Bankklagenemnda følger det at dersom en kredittkunde gir banken feilaktige opplysninger i forbindelse med låneopptaket, må han selv bebreides for den belastning gjelden vil medføre dersom denne blir for stor. Etter nemndas mening kan det ikke foreligge en frarådningsplikt i slike tilfeller. Dette følger blant annet av en uttalelse i BKN-0397. Opplysninger om lønn og forventet lønnsøkning var noe kredittkundene selv hadde lagt frem, og basert på disse opplysningene kunne ikke nemnda se at banken hadde opptrådt uforsvarlig ved å innvilge lånet. Et tilsvarende syn må også gjelde i forhold til kausjonister. Se også BKN-0952 der banken ikke kunne klandres for ikke å ha frarådet kausjonisten å stille kausjon. Kausjonen ble stilt til sikkerhet for et selskaps forpliktelser der han selv var daglig leder og styreleder. I kraft av dette var kausjonisten den som burde ha best kjennskap til selskapets økonomi, og banken kunne derfor ikke sies å ha noen plikt til å fraråde ved en eventuell kausjonsstillelse fra hans side.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> NOU 2007:5 s. 34, jf. JDLOV-2005-9112

<sup>111</sup> Se også Rg. 2009 s. 1162

Selv om kausjonisten langt på vei skal bidra til å gi opplysninger om egen økonomi, kan ikke kredittgiveren legge disse til grunn i enhver sammenheng uten å vurdere deres troverdighet. Kredittgiveren må også på eget initiativ sørge for at vurderingen er forsvarlig og etter prinsippet om god bankskikk foreta nærmere undersøkelser der kausjonistens opplysninger fremstår som tvilsomme eller mangelfulle.

#### 5.4.1.5 Tidspunkt for vurderingen

Vurderingen av kausjonistens tilbakebetalingsevne må ta utgangspunkt i tidspunktet for inngåelsen av kausjonsavtalen. Likevel vil kredittgiveren, som nevnt i de foregående punkter, også måtte ta i betraktning eventuelle endringer som enten er kjente eller som med sannsynlighet vil kunne inntre i fremtiden. I forarbeidene trekkes særlig frem endringer i skatteregler eller andre endringer for den næringsvirksomhet og det arbeidsforhold kausjonisten har sin inntekt fra. Slike endringer vil kunne få betydning for kausjonistens betalingsevne.<sup>112</sup>

#### 5.4.1.6 Krav til frarådnings

Etter § 60 (2) er utgangspunktet at frarådnings, på lik linje med underrettelsen etter første ledd, skal gis skriftlig. For å unngå dobbeltbehandling vises det i forhold til skriftlighetskravet generelt, og bruken av elektronisk medium, til det som framgår av drøftelsen ovenfor under punkt 5.3.2.

Som nevnt i punkt 3.2.1 er det etter implementeringen av direktivet foretatt endringer i formkravene til frarådnings etter § 60 (2). I tillegg til kravet om skriftlighet skal frarådnings så vidt mulig også gis muntlig. I dette ligger at frarådning skal gis muntlig i et hvert tilfelle, med mindre avtaleinngåelsen ikke kan utsettes til muntlig kontakt oppnås, og kredittgiveren til tross for gjentatte og velegnede forsøk ikke makter å få muntlig kontakt med kausjonisten.<sup>113</sup> Det oppstilles med dette et unntak fra den muntlige frarådnings der det, til tross gjentatte forsøk, ikke har vært mulig å få kontakt med kausjonisten.

---

<sup>112</sup> Se punkt. 5.4.1.1, jf. NOU 1994: 19 s. 55

<sup>113</sup> NOU 2009:11 s. 156

Det kan spørres om kravet til muntlighet krever at frarådommen gis ansikt til ansikt, eller om den kan gis via for eksempel telefon. I forarbeidene gir justisdepartementet uttrykk for at den muntlige frarådommen kan gis via telefon. Selv om de i en noen tilfeller vil måtte bero på omstendighetene for øvrig, og hvem som er kausjonist, vil det i de fleste tilfeller vil bruk av telefon være både praktisk og hensiktsmessig. Det avgjørende er at det oppnås og etableres en muntlig kontakt mellom kredittgiveren og kausjonisten.<sup>114</sup> Kravet om muntlighet gjør at man gjennom en samtale med kausjonisten enklere kan få denne til å forstå bakgrunnen for at frarådommen gis.

Videre skal kausjonisten, dersom han til tross for den skriftlige og muntlige frarådommen ønsker å inngå kausjonsavtalen, ved signatur bekrefte at han er kjent med frarådommen. Et slikt krav vil blant annet kunne medføre et viktig bevis i saker der det mellom partene er omstridt om frarådning faktisk ble gitt.

Hensikten bak begge endringene er å gjøre plikten mer effektiv ved at det tydeliggjøres hvilken risiko kausjonsansvaret medfører, og at kausjonsstillelsen skjer på egen risiko. Justering i kravene vil i stor grad også kunne bidra til å understreke alvoret i situasjonen, noe det etter praksis å dømme har vært behov for i enkelte tilfeller.<sup>115</sup>

Et eksempel på dette følger av BKN-0973 der banken skriftlig kunne dokumentere at kausjonisten i brev både ble orientert om at hoveddebitor var fraråddet, og at hun selv ble oppfordret til å overveie å avstå fra å stille kausjon i form av en frarådning etter § 60 (2). Kausjonisten hevdet i dette tilfellet at hun ikke hadde sett frarådningsklausulen. En muntlig frarådning i tillegg til den skriftlige ville mest sannsynlig gjort kausjonisten oppmerksom på hva kausjonen innebar, samt bakgrunnen for bankens frarådning, noe hun tydeligvis ikke forsto. En annen sak der de skjerpede formkravene ville kunne tydeliggjort frarådommen er den tidligere nevnte saken BKN-07137 der skriftlig frarådning etter nemndas vurdering ikke var tilstrekkelig til å understreke risikoen forbundet med kausjonsstillelsen.

Kredittkjøpslovutvalget påpeker i forarbeidene at det ut ifra et samfunnsmessig perspektiv også vil være hensiktsmessig at plikten effektiviseres. Skjerpede krav vil

---

<sup>114</sup> Prop 65L s. 219

<sup>115</sup> Prop. 65 L. s. 91-92

kunne resultere i flere frarådningsbeslutninger som igjen vil kunne gi utslag i et redusert antall mislighold, færre tap for kredittgiverne og mindre påførte kostnader for samfunnet generelt.<sup>116</sup>

#### 5.4.1.7 Tidspunkt for frarådningsbeslutningen

Etter bestemmelsens andre ledd inntreffer frarådningsplikten før kausjonsavtalen inngås med forbrukeren. På lik linje med det som nevnes i punkt 5.3.3 må frarådningsbeslutningen av hensyn til formålet bak plikten, gis før kausjonisten bindes avtalerettslig.

Bankklagenemnda uttaler i BKN-07105 at *”formålet med frarådningsbestemmelsen i finansavtaleloven (fil) § 60 er at kausjonisten skal bli konkret frarådet på en slik måte at vedkommende gis en reell mulighet til å tenke gjennom situasjonen før kausjon eventuelt blir avgitt.”*<sup>117</sup> Loven krever kun at kredittgiveren gir kausjonisten en oppfordring om å overveie å avstå fra kausjonsstillelsen, og oppstiller etter dette ingen krav om hvor lang tid i forveien frarådningsbeslutningen skal gis. Det avgjørende må være at kausjonisten skal få mulighet til å sette seg inn i hva som ligger i oppfordringen. I den nevnte saken, BKN-07105, uttalte nemnda videre at kausjonistene var *”uforberedt på møtet...og at de ikke fikk anledning til å områ seg.”* I saken ble det også tillagt vekt at en frarådningsbeslutning ville vært viktig for kausjonistene. Dette begrunner, det jeg ovenfor var inne på om, at frarådningsbeslutningen må være konkret utformet i forhold til det aktuelle avtaleforhold. For kausjonistene ville det i dette tilfellet få store økonomiske konsekvenser, ved at de måtte ha solgt sin allerede nøkterne bolig, dersom ansvaret ble gjort gjeldende. Kausjonistene burde derfor ha fått en mulighet til å tenke igjennom hva kausjonsstillelsen innebar på bakgrunn av frarådningsbeslutningen.

---

<sup>116</sup> NOU 2009:11 s. 141-142

<sup>117</sup> jf. BKN-07105

## 6 RETTSVIRKNINGENE SOM FØLGE AV MANGLENDE FRARÅDNING

### 6.1 Generelt

Rettsvirkningene ved brudd på frarådningsplikten følger både for første og andre ledd av fin.avtl. § 60 (1) andre punktum. Ved manglende frarådning fra kredittgiveren kan kausjonistens ansvar "*nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig*". Bestemmelsen legger med dette opp til en konkret og skjønnsmessig lempningsvurdering basert på en helhetsvurdering av en rekke forhold.<sup>118</sup>

Det oppstilles to tilfeller der manglende frarådning vil kunne få rettsvirkninger. Det ene er der kredittgiver ikke har overholdt plikten etter § 60 (1) eller (2), jf (1) andre punktum. Det andre er der kredittgiver burde frarådet hoveddebitor å oppta kreditten, jf. § 47, jf. § 60 (1) tredje punktum.

I forarbeidene til frarådningsplikten ved kredittkjøp ble det av Banklovkommisjonen påpekt at bestemmelsene om frarådning burde fremstå som lempningsregler og ikke som gyldighetsregler. Lempningen må tilpasses det konkrete forholdet, slik at avtalen om kredittkjøp, som hovedregel kan gjennomføres selv om frarådning burde vært gitt.<sup>119</sup> Tilsvarende må gjelde dersom kausjonsansvaret gjøres gjeldende.

### 6.2 Vurderingen

Hensikten med vurderingen er som sagt å finne frem til hva som vil være en rimelig og passende løsning i det konkrete tilfellet. Etter mindretallet i Banklovkommisjonens syn, kan unnlatt oppfyllelse av frarådningsplikten foreligge i to tilfeller. Det ene er der kredittgiveren ikke på noen måte har advart kausjonisten. Det andre er der kredittgiver

---

<sup>118</sup> Ot.prp.nr.22 (2007-2008)

<sup>119</sup> NOU 2007:5 s. 60

har frarådet, men at dette ble gjort på en måte som ikke var tilfredsstillende i forhold til hva omstendighetene tilsa.<sup>120</sup>

Det første spørsmålet er om det forelå slike forhold som nevnt tidligere, og som medførte en plikt for kredittgiveren til å fraråde kausjonsstillelsen.<sup>121</sup> Forelå en slik plikt, blir neste steg å vurdere om, og eventuelt hvor grov kredittgiverens forsømmelse er. Det er imidlertid ikke bare kredittgiverens forhold som må tas i betraktning. Kausjonisten egen opptreden vil også kunne få betydning. Det kan spørres om kausjonisten forsto eller burde forstått at han ville kunne få problemer med å tre inn i kredittavtalen, og betjene kreditten dersom hoveddebitor misligholder. Forsto kausjonisten dette, vil det kunne tale imot at ansvaret lempes. I kausjonistens disfavør vil det også tillegges betydning dersom opplysningene som ble gitt om egen økonomi ikke viser seg å stemme. Det skal i slike tilfeller mye til før ansvaret lempes.<sup>122</sup>

I forhold til helhetsvurderingen som skal foretas, fremmet kommisjonens mindretall i tillegg et forslag om at det må være en sammenheng mellom manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemer, før lemping av ansvaret vil være aktuelt.<sup>123</sup> Det vil altså være grunnlag for å se bort fra bruddet på frarådningsplikten dersom det kan legges til grunn at kausjonisten mest sannsynlig ville inngått kausjonen uavhengig av en eventuell frarådning.

Om man etter en samlet vurdering kommer til at kredittgiveren har forsømt sin plikt, og at kausjonisten ikke ville stilt kausjon om han hadde blitt frarådet, blir spørsmålet hvilke rettsvirkninger dette kan få. Loven bruker uttrykket ”*kan*” og legger dermed opp til to mulige løsninger. På den ene siden kan resultatet bli at ansvaret lempes, mens det på den andre siden kan bli at manglende frarådning ikke gis noen rettsvirkning i det

---

<sup>120</sup> NOU 1994:19 s. 56

<sup>121</sup> det siktes her til drøftelsen om ”*økonomisk evne*” og ”*andre forhold*”

<sup>122</sup> Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 62

<sup>123</sup> NOU 1994:19 s. 56

hele tatt.<sup>124</sup> Det må kunne antas at terskelen for å gi banken medhold her må være høy at eventuell tvil må gå utover denne.

### 6.3 Sanksjonsformer

Brudd på frarådningsplikten burde etter mindretallet i kommisjonens oppfatning sanksjoneres sivilrettslig. De pekte i den anledning på at dette i forhold til hoveddebitor "*blant annet*" kan gjøres i form av en redusering av restfordringen eller renten, forlengelse av nedbetalingstiden eller ved en kombinasjon av ulike lempninger. Hva resultatet blir vil variere, jf. uttrykkene "*blant annet*" og "*rimelig*" som legger opp til at det i det konkrete tilfellet skal være enklere å finne en passende reaksjon.<sup>125</sup> For kausjonister vil nok resultatet som regel bli at ansvaret nedsettes eller slettes i sin helhet. Videre vil det for kausjonisten også kunne være aktuelt med et tilbakesøkningskrav dersom han har innfridd sitt ansvar.

I praksis vil reaksjonene variere i alt fra fullt medhold, se for eksempel BKN-1085 der kausjonistens dårlige økonomi tilsa at ansvaret etter nemndas mening burde bortfalle i sin helhet, til de motsatte tilfeller der kausjonisten har fått avslag og kausjonen har blitt stående, jf. BKN-1036. Som det følger av drøftelsen over vil også mellomløsninger være mulig, for eksempel ved at deler av ansvaret reduseres, jf. BKN-0889 der kausjonsansvaret ble lempet med NOK 500.000. I andre tilfeller vil resultatet kunne bli at kausjonisten får delvis medhold. Dette ble resultatet i BKN-06114 der kausjonisten fikk refundert utgifter til juridisk bistand.

---

<sup>124</sup> Hveem (2005) s. 114

<sup>125</sup> NOU 1994:19 s. 56



## 7 OPPSUMMERING

Selv om de fleste kreditt- og kausjonsavtaler oppfylles uten mislighold, kan det etter min mening foreløpig ikke sies at frarådningsplikten har oppnådd sitt tenkte formål fullt ut. Jeg har da har tatt utgangspunkt i plikten slik den til nå har fungert i praksis.

Lovgivers intensjon er at kausjonisten skal unngå å ta på seg ansvaret for kreditt som det allerede på avtaletidspunktet fremstår som usikkert om han vil klare å betjene.

Kausjonisten skal derfor oppfordres til å tenke igjennom hva det innebærer å stille kausjon og hvordan det vil påvirke hans økonomi dersom hoveddebitor misligholder.

Selv om hensikten fremstår som fornuftig er jeg av den oppfatning at pliktens rekkevidde er begrenset. Ønsket om å være til hjelp, eller å oppnå finansiering til prosjekter kausjonisten selv er involvert i, vil kunne overskygge en realistisk vurdering av egen betalingsevne.

Uavhengig av om kredittgiveren pålegges en plikt til å underrette kausjonisten om hoveddebitors tvilsomme økonomi, eller gi en direkte frarådning til kausjonisten, ligger risikoen for å ta på seg ansvaret for en uansvarlig gjeldsbyrde fremdeles i stor grad hos kausjonisten selv. Frarådningsplikten innebærer ikke noe mer enn en oppfordring til å tenke seg om. Det kan derfor spørres om ikke lovfestingen av frarådningsplikten har bidratt til å flytte en stor del av risikoen for en uansvarlig kredittgivning over på kausjonistens hånd.<sup>126</sup> Dette vil kunne bidra til å styrke kredittgiverne på bekostning av kausjonistene. Har man først blitt frarådet vil terskelen for lempning av ansvaret være høy for kausjonisten som kausjonerer til tross for at frarådning er gitt. Dette vil igjen kunne medføre at kredittgiverne fraråder for ofte, med den hensikt å ha sitt på det rene. Alvoret i frarådningen kan derfor risikere å bli svekket ved at frarådningen fremstår som en formalitet banken gir for sikkerhets skyld.

Jeg er ikke tvil om at dersom plikten hadde fungert etter sitt formål, ville den ha vært et viktig middel for å forhindre uforsvarlige og lite gjennomtenkte kausjonsstillelser. Som

---

<sup>126</sup> Tilsvarende er hevdet av Hveem (2005) s. 110

nevnt i punkt 1.1 er det forståelig at det kan skape forvirring at kredittgiver gir en frarådning, men likevel godtar kausjonstillelsen. Det kan derfor se ut til at problemet ligger i at kredittgiverens frarådning fremstår som for generell til at kausjonisten forstår hensikten bak den og derfor heller ikke tenker over den. Å henvise til bestemmelsen i § 60 ved å gjengi dens innhold vil ikke være tilstrekkelig til å understreke alvoret. Den profesjonelle part bør pålegges noe mer. Frarådningsplikten vil ikke kunne oppnå formålet med mindre kredittgiveren faktisk forsikrer seg om at kausjonisten forstår hva det vil innebære å stille kausjon for andres forpliktelser. Som jeg har vært inne på tidligere bør kredittgiveren derfor forsøke å klarlegge kausjonistens motivasjon for å stille kausjon, og som sagt forsøke å gjøre han eller henne oppmerksom på hvordan situasjonen vil kunne bli ved mislighold fra hoveddebitor, eller ved endringer i forholdet mellom disse to. Det vil derfor være viktig at frarådningsutformingen konkret og relaterer seg til noe kausjonisten vil forstå. Ta for eksempel situasjonen der en kjæreste kausjonerer for den annens kreditt. Dersom frarådningsuttrykket for hva som kan bli resultatet om forholdet tar slutt, eller hoveddebitor misligholder, vil kausjonisten ha et bedre grunnlag for å vurdere om kausjonstillelsen fremdeles er ønskelig, og ikke minst fornuftig, i et lengre perspektiv. Tilsvarende vil gjelde der en mor kausjonerer for sønnens finansiering av egen bolig. Er kausjonen sikret i morens leilighet bør det tydelig fremgå av frarådningsutformingen at resultatet kan bli at leiligheten må selges.

En skal ikke se bort ifra at noen kausjonister oppfatter det å stille kausjon som det samme som å være solidarisk ansvarlig med hoveddebitor for kreditten. Det kan også være enkelt å tro at så lenge kreditten er sikret i det finansierte løsøre så har kredittgiveren god nok sikkerhet. Kausjonisten vil alltid ha en dårligere stilling enn hoveddebitor. Dette viser seg blant annet ved at han i motsetning til hoveddebitor ikke har muligheten til å realisere det kreditten har vært benyttet til, og bruke verdien av dette til nedbetaling. Kausjonisten vil alltid måtte ta av egen lomme. Kredittgiverens kunnskap om finansielle avtaler vil derfor komme kausjonisten bedre til nytte om frarådningsutformingen gjøres til noe mer enn en henvisning til lovens bestemmelse om at dette skal gis på bakgrunn av økonomisk evne eller andre forhold.

Det kan ikke være tvil om at plikten vil kunne effektiviseres som følge av de nylige endringene i formkravene. Likevel kan det spørres om ikke ytterligere krav bør oppstilles. Ut i fra drøftelsen over er det særlig to endringer som kan gjøres. Selv om

det vil kunne påføre kredittgiveren merarbeid, kan løsningen for det første være å utforme plikten på en måte som medfører at kredittgiveren i større grad pålegges å gi privatøkonomisk rådgivning. Dette vil sammen med kravet til muntlighet skape en bedre dialog mellom kredittgiveren og kausjonisten, som igjen vil kunne bidra til å øke forståelsen for og hensikten med at frarådning er gitt. For det andre kan løsningen være å innføre en tilsvarende regel som den som følger av finsk rett. Etter den finske *"lag om borgen och tredjemannspant"* § 12, oppstilles det et krav om at skriftlige opplysninger skal gis minst en dag før avtalen inngås. Det bør i norsk rett derfor oppstilles en tilsvarende tidsfrist for frarådningsplikten ved kausjoner. Dette vil kunne gi kausjonisten bedre tid til å sette seg inn i hva kausjonen innebærer og grundigere vurdere kredittgiverens oppfordring til å avstå.

## 8 LITTERATURLISTE

### 8.1 Bøker

Hagstrøm, Viggo. I samarbeid med Magnus Årbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo. 2003

Sejersted, Fredrik. Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett 2. Utgave*. Otta. 2005

Smith, Carsten. *Kausjonsrett. 3. utg. ved Marianne Olsson og Therese Smith*. Oslo. 1997.

Torvund, Olav. *Betalingsformidling – I et rettslig perspektiv*. Otta. 1993.

### 8.2 Artikler

Berg, Espen. *Finansavtaleloven – forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten*. I Lov og Rett. 2000, s. 323-337.

Hagstrøm, Viggo. *Kausjonsretten og avtaleloven § 36*. I: Lov og Rett 1996. s. 78-103.

Hagstrøm, Viggo. *Kausjonsretten i forandring*. I: Jussens Venner. 2003, s. 45-61.

Hveem, Dag Jørgen. "Bankers frarådningsplikt etter den norske finansavtaleloven – har den noen fornuftig mening? I: 8 perspektiver på finansiell rådgivning. Andersen. 2005, s.100-118.

Rigland, Ole Kristian. *Kausjon fra forbruker – Nye regler om opplysningsplikt*. I: Jussens venner. 2002. s. 153-185

Sætermo, Harald. *Finansavtalelovens regler om kausjon*. I: Tidsskrift for forretningsjuss. 2005, s. 37- 67

Vinje, Eirik H. *Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven*. I: Lov og rett nr.05. 2006 s. 299-316

### 8.3 Rapporter

Smith, Carsten. *Behovet for en banklovkommisjon*. I: Det nye pengesamfunnet, Research on Banking, Capital and Society. Rapport nr. 4. 1989. Oslo

### 8.4 Lover

Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai. Nr. 4. 1918
EØS-avtalen	Lov nr. 109 av 27. November 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeid (EØS) mv.
Finansavtaleloven	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46.
Finansieringsvirksomhetsloven	Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr. 40

#### **Finsk lov:**

Lag om borgen och tredjemanspant 19.3.1999/361

## 8.5 Opphevede lover

Kredittkjøpsloven	Lov om kredittkjøp m.m av 21. Juni 1985 nr. 82
-------------------	--

## 8.6 Forarbeider

Innst.O.nr.84 (1998-1999)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
---------------------------	---

NOU 1994:19	Finansavtaler og finansoppdrag.
-------------	---------------------------------

Ot. Prp. 41 (1998-1999)	Finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
-------------------------	--

NOU 2007:5	Frarådningsplikt i kredittkjøp
------------	--------------------------------

Ot.prp.nr.22 (2007-2008)	Om lov om endringer i lov om kredittkjøp m.m. (frarådningsplikt)
--------------------------	--

NOU 2009:11	Kredittavtaler
-------------	----------------

Prop. 65 L (2009-2010)	Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)
------------------------	---

Innst. 211 L (2009-2010)	Innstilling fra justiskomiteen om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)
--------------------------	---

## 8.7 Direktiver

2008/48/EF	Rådsdirektiv av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og oppheving av rådsdirektiv 87/102/EØF
------------	---

## 8.8 Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV 2005-9112                      Finansavtaleloven § 47 – innhenting av opplysninger om arbeidsledighet, skilsmisse og sykdom i forbindelse med søknad om lån

## 8.9 Avgjørelser

### 8.9.1 Norsk rettstidene

Rt. 1925 s. 501 *"Bly-sølvdommen"*

Rt. 1959 s. 1048 *"Håpløst foretagende"*

Rt. 1984 s. 28 *"Tromsø Sparebank"*

Rt. 1984 s. 248

Rt. 1990 s. 284

Rt. 1995 s. 1540 *"Sinnsvekket kausjonistdommen"*

Rt. 2003 s. 1252

Rt. 2006 s. 1

### 8.9.2 Dommer fra lagmannsretten

Rg. 2009 s. 1162

### 8.9.3 Uttalelser fra Bankklagenemnda

BKN 1993-109

BKN 1996-31

BKN 1996-63

BKN 1999-36

BKN 2003-97

BKN 2003-136

BKN 2004-66

BKN 2004-72

BKN 2004-112

BKN 2004-164

BKN 2006-21  
BKN 2006-114  
BKN 2007-39  
BKN 2007-105  
BKN 2007-137  
BKN 2008-54  
BKN 2008-89  
BKN 2009-3  
BKN 2009-4  
BKN 2009-52  
BKN 2009-73  
BKN 2009-135  
BKN 2009-167  
BKN 2009-113  
BKN 2010-37  
BKN 2010-85

#### 8.10 Nettdokument

Regjeringen ([www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)) – *Justis- og politidepartementet – dokument –NOU-  
ar – 2 Kredittkjøpsloven, finansavtaleloven – 2.3 Frarådningsplikten – 2.3.4*

*Kredittgiving ved forbrukerkreditter;*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2007/nou-2007-05/4/3/4.html?id=468523> [Sitert 20.10.2010]

Sparebank 1 ([www.sparebank1.no](http://www.sparebank1.no)) - *lån - boliglån - spørsmål og svar om boliglån;*  
[https://www2.sparebank1.no/portal/1001/3\\_privat?nfpb=true&pageLabel=page\\_privat\\_innhold&aId=1226817074284](https://www2.sparebank1.no/portal/1001/3_privat?nfpb=true&pageLabel=page_privat_innhold&aId=1226817074284) [Sitert 21.10.2010]

Statens institutt for forbruksforskning [www.sifo.no](http://www.sifo.no) [besøkt 20.10.2010]







